

**L'ŒUVRE
DE LA JURISPRUDENCE
EN MATIÈRE DE RÉGIMES
DE SÉPARATION DE BIENS
(de 1804 à la loi du 18 février 1938)**

ÉTUDE SYNTHÉTIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux
le mardi 21 juin 1938, à 16 heures*

PAR

Jean TEULÉ

Lauréat de la Faculté

**BORDEAUX
IMPRIMERIE BIERE**

18, Rue du Peugue

1938



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548603_0007

L'ŒUVRE
DE LA JURISPRUDENCE
EN MATIÈRE DE RÉGIMES
DE SÉPARATION DE BIENS
(de 1804 à la loi du 18 février 1938)

ÉTUDE SYNTHÉTIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux
le mardi 21 juin 1938, à 16 heures*

PAR

Jean TEULÉ

Lauréat de la Faculté

BORDEAUX
IMPRIMERIE BIERE

18, Rue du Peugue

1938

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

Doyen honoraire : FERRON, ✱, ☉ I.

Professeurs honoraires : MM. SAUVAIRE-JOURDAN, ✱ ☉ I.;
LESCURE ✱ ☉ I.; de BOECK, ✱. ☉ I, NOAILLES ✱ ☉ I.;
BENZACAR, ✱, ☉ I.

FERRADOU, ✱, ☉ I., Doyen, professeur d'*Histoire du droit*,
chargé d'un cours de *Pandectes* (Diplôme d'études supé-
rieures).

MARGAT, ☉ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours
de *droit international privé* (Licence).

BONNECASE, ☉ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un
cours de *Droit maritime* (3^e année).

PALMADE, ✱ ☉ A. ✱, professeur de *Droit commercial*.

VIZIOZ, ☉ I., professeur de *Procédure civile*, chargé d'un
cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures)
et d'un cours de *procédure civile* et *voies d'exécution* (Capacité).

BONNARD, ✱ ☉ I., ✱, assesseur du Doyen, professeur de
Droit administratif, chargé d'un cours de *Droit constitu-
tionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, ✱ ☉ I., professeur de *Droit criminel*, chargé
d'un cours de *Législation industrielle* (Licence) et d'un cours
de *droit criminel* (Capacité).

BOYÉ ✱, ☉ I., ✱, professeur de *Droit romain*.

MOUNIER, ☉ I., professeur de *Economie politique*, chargé
d'un cours de *Histoire des doctrines économiques* (Diplôme
d'études supérieures).

BIBIÉ, ✱, ✱, professeur de *Droit international public*.

REGLADE, ✱ A., professeur de *Droit constitutionnel et admi-
nistratif*.

GARRIGOU-LAGRANGE, ☉ A, professeur de *Economie politi-
que et Science financière*, chargé d'un cours de *Législation
coloniale* (3^e année).

HUBRECHT, ☉ I, professeur de *Histoire du Droit* (doctorat);
chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence 2^e année).

LABORDE-LACOSTE, ✱, ☉ I., professeur de *Droit civil*,
chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours
de *Enregistrement*.

BRETHER DE LA GRESSAYE, ☉ I., professeur à la Faculté
de Droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit commercial*
(Licence), d'un cours de *Droit civil approfondi* (Doctorat) et
d'un cours de *Droit civil* (Capacité).

DE LAUBADÈRE, agrégé, chargé d'un cours de *Droit inter-
national public* (Licence et Doctorat) et d'un cours de *Droit
public* (Capacité).

BORDAZ, chargé de cours (*Economie politique*).

BERNARD, chargé de cours (*Droit romain*).



M. ARTIGUELONG, ☉ A, secrétaire.

Mme COSTES, ☉ I., secrétaire-adjointe.

Mme SOUBIE, ☉ A, bibliothécaire.

COMMISSION DE LA THÈSE

M. BONNECASE, Professeur.....	Président.
M. VIZIOZ, Professeur.....	{ Sufragants
M HUBRECHT, Professeur.....	

INTRODUCTION

I. — « Le Droit d'un pays est l'ensemble des règles — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont effectivement appliquées par les praticiens et par les tribunaux. »

Cette formule de M. Jèze¹, par sa large compréhension et son esprit pratique, nous a paru particulièrement juste, parce qu'elle souligne l'importance, dans le Droit, des données positives élaborées par les tribunaux et parce qu'elle place ces données à côté des règles législatives pour dire que la jurisprudence est une source de droit, comme la loi elle-même.

Il semblerait, à première vue, avec les textes nombreux, détaillés, compliqués dont le législateur nous a comblés, sur toutes sortes de matières et en prévision de toutes sortes d'hypothèses, que l'interprète n'a plus qu'à assurer l'application de la loi sans qu'aucune part soit laissée à son initiative. Suivant l'image qui fait du jugement un syllogisme, le juge, rapprochant en chaque espèce le fait qui lui est soumis à la règle qui le régit, n'aurait plus dès lors qu'à proclamer la conclusion à l'usage des parties en évoquant aux yeux du récalcitrant éventuel, aux termes de la vieille formule encore en usage dans nos prétoires, la menace d'un appareil judiciaire disposé pour la contrainte.

1. *Revue de Droit public*, 1914, p. 312.

II. — Mais tel n'est pas seulement le rôle du juge. Il ne se borne pas, en effet, à assurer l'application de la loi, application matérielle, il doit l'interpréter, c'est-à-dire la traduire, l'adapter, la compléter dans ses lacunes en se substituant à elle, l'amender et la modifier suivant les besoins; l'ensemble de l'œuvre des tribunaux sur tel ou tel point, constitue la jurisprudence qui se fait de plus en plus abondante à mesure que la loi vieillit. La doctrine jurisprudentielle s'incorpore ainsi à l'œuvre législative, lui assurant par son concours un rajeunissement constant, l'empêchant de vieillir... car si la loi a été conçue dans un esprit de justice et d'équité, il n'en est pas moins vrai qu'à la longue, elle pourrait peu à peu perdre ce caractère : en effet, selon l'expression de M. Gaston Jèze, « il n'y a pas de justice absolue..., la justice est ce que les hommes d'une époque donnée, dans un pays donné, croient juste. »

Le même esprit d'équité suscitera l'œuvre du juge : travaillant au milieu des conflits, sur des règles vivantes, il est le mieux placé pour sentir les aspirations sociales et en apprécier la rectitude; dans la limite de ses pouvoirs, il s'efforcera, en conséquence, de les satisfaire ou de les réprimer. Pour cela, les tribunaux interviendront de diverses manières : tantôt ils aménageront simplement le texte légal par une interprétation déformée..., tantôt ils élaboreront de toutes pièces une construction juridique, agissant par analogie, par généralisation, de façon à sauvegarder l'unité de l'œuvre législative et à lui assurer une certaine uniformité dans le style. Ainsi, de simple traduction, le rôle du juge s'élargit peu à peu et gagne en autonomie. Les méthodes exégétiques ont eu leur mérite et leur apogée. Aujourd'hui, appliquées dans leur rigueur, elles ne sauraient plus servir que de prétexte à la paresse de l'interprète.

III. — Des textes législatifs ont pu paraître nécessaires en 1804 et qui aujourd'hui sont parfaitement inutiles ou même nuisibles ! On oublie trop souvent que le Droit est à fondement social et que — nous nous excusons de la formule — rien d'humain ne lui est étranger. Les modifications dans les aspirations sociales, les besoins sociaux, résultent de changements dans les mœurs ou les conditions économiques, ces facteurs réagissant d'ailleurs profondément l'un sur l'autre. Et ces modifications n'affectent pas seulement l'économie politique ou la police des mœurs, qu'il nous suffise de citer l'influence de la notion moderne de fortune mobilière sur les régimes matrimoniaux et le rôle des idées féministes sur ces mêmes régimes.

Or, le législateur n'est pas apte à suivre ces mouvements sociaux..., il les subit avant de les sentir, il lui est difficile de s'adapter, de réagir. Sans doute, est-ce là la garantie d'une certaine stabilité, qui est nécessaire; il n'empêche que la lourde machine législative, opérant par à-coups et avec un certain retard, risquerait d'agir à contretemps s'il ne se trouvait un organisme plus souple, propre à assurer une transition et à jalonner la voie.

Ce rôle de précurseur, ce sera l'interprète qui le tiendra, c'est-à-dire le juge. On a déjà dit que le juge « ne recherche dans les livres de droit que la formule de ses décisions ». Prise à la lettre et pour la généralité des cas, cette formule est peut-être un peu trop absolue : elle impliquerait que le juge ne s'intéresse à la connaissance de la loi que pour donner une forme correcte à l'expression de son jugement. Il n'en est pas moins vrai que, s'inspirant de l'esprit du législateur déjà ancien qui s'est exprimé en des formules devenues désuètes, le juge, respectueux des termes mêmes du texte, aura bien souvent la préoccupation d'en tourner la lettre pour rester fidèle à son idéal d'équité.

IV. — Par là, nous voyons déjà que le juge, lié par les textes, sera souvent en butte à leur rigidité. Il en sera réduit, pour compléter ou modifier l'œuvre législative, à chercher dans des analyses subtiles, le sens caché des termes, qui pourra justifier ses solutions. Eprouvant l'imperfection des codes qu'il applique, il sentira le besoin de s'affranchir de leur expression littérale qui, au début, a pu paraître suffisante. Il se défiera des théories édifiées sur ces textes par des commentateurs enthousiastes pour ne s'attacher qu'aux grandes notions, d'ordre à la fois pratique et métaphysique, qui sont le fondement du Droit. Ainsi, la jurisprudence est par excellence et avant tout, une œuvre de pratique, d'équité, de bon sens et de juste mesure... Pour conserver ces caractères, devant un milieu social qui évolue et une loi immuable, elle est contrainte à se détacher de la loi.

En fait, d'ailleurs, l'expérience montre que la jurisprudence ne fait que préparer et précéder l'œuvre législative : elle la prépare par de lents et insensibles progrès, des tâtonnements et parfois des reniements. Directement aux prises avec les plus délicats problèmes, les tribunaux cherchent la solution pratique qui assurera, du moins pour un temps, l'harmonieux équilibre des intérêts en présence. Les tribunaux hésitent parfois longtemps et des solutions contradictoires sont apportées..., puis, lorsque le système le plus satisfaisant a été reconnu, lorsque, surtout, la Cour suprême a pu se prononcer, elle s'y arrête définitivement, et son point de vue fait loi jusqu'au moment, plus ou moins lointain, où la loi elle-même, l'expérience étant concluante, vient sanctionner ce nouveau point de droit.

V. — Tel est, d'une manière générale, le rôle du juge. Ce rôle prétorien d'élaboration législative, il est appelé à le jouer un peu partout, sur toutes sortes de matières,

là où le législateur, volontairement ou non, a négligé de se prononcer. Il le joue aussi, tôt ou tard, pour les matières les plus minutieusement réglementées, lorsque la législation, figée dans le texte initial, n'est pas remaniée à temps et vieillit. Mais il est bien évident que la loi vieillit d'autant plus vite qu'elle touche à l'organisation d'institutions d'ordre économique ou social reposant sur des éléments d'ordre matériel ou des données psychologiques particulièrement sujettes à évolution.

Ainsi, la réglementation du statut pécuniaire des époux touchait à trop de questions délicates et complexes pour que le législateur de 1804 put espérer faire œuvre définitive et complète : sur ce problème se greffent, en effet, des questions économiques et financières, des questions d'ordre philosophique ou sociologique concernant l'organisation de la famille, la situation de la femme..., tous éléments qui ont subi des modifications profondes, alors que le régime légal est resté à peu près inchangé depuis 140 ans ! C'est dire que cette matière a fourni aux tribunaux un vaste domaine d'action : il est vrai qu'ils n'y ont pas failli et que l'œuvre jurisprudentielle est considérable. Il n'en pouvait d'ailleurs être autrement à raison de la gravité et de l'importance capitale des problèmes à résoudre. Nous ne pouvons, ici, qu'évoquer d'un mot le rôle que jouent les régimes matrimoniaux dans l'organisation sociale.

VI. — Au point de vue économique, ils conditionnent les relations du ménage avec les tiers, et suivant que tel ou tel régime matrimonial a été adopté, les transactions seront plus ou moins faciles, plus ou moins sûres, les tiers étant toujours dans l'appréhension d'un piège tendu derrière les clauses du contrat de mariage. C'est en ce sens qu'on a pu dire que les régimes matrimoniaux étaient un instrument de crédit.

Au point de vue social, ils constituent la charte de la vie de famille, réglant la situation de la femme, assurant, dans la mesure du possible, son indépendance, ou, au contraire, consacrant sa subordination au mari. On voit par là que l'influence du statut matrimonial, par action ou réaction, sur les individus et la société en général, devient considérable et pour ainsi dire hors de portée avec l'objet direct du contrat de mariage (qui est la réglementation d'une situation pécuniaire déterminée) puisque la capacité de la femme, et donc un aspect de sa personne elle-même, s'en trouve atteinte et limitée.

On reconnaît encore aux régimes matrimoniaux un rôle psychologique certain et ils pourraient constituer, le cas échéant, un élément d'union ou, au contraire, de discorde entre les époux, suivant l'organisation des patrimoines qui en découle. Il est bien certain qu'un régime qui maintiendrait une cloison étanche entre les intérêts respectifs des époux donnerait une bien faible idée de ce que doit être l'unité conjugale, tandis qu'une organisation qui confondrait tous les biens en un seul patrimoine, avec influence et pouvoir de gestion indivisible des deux conjoints sur l'ensemble, pourrait contribuer à atténuer l'inévitable dualité des intérêts.

La matière des régimes matrimoniaux est donc un domaine à la fois très large et très délicat pour l'œuvre jurisprudentielle : très large en ce qu'il touche plus ou moins directement à tous les problèmes de la vie familiale ; très délicat, parce que les solutions à apporter doivent tenir compte d'une foule d'éléments à la fois économiques et psychologiques d'intérêt supérieur pour la société.

VII. — L'étude de l'ensemble de l'œuvre jurisprudentielle sur les régimes matrimoniaux, constituerait d'ailleurs un sujet beaucoup trop vaste pour le travail que nous nous

proposons de faire. Nous ne retiendrons qu'une catégorie de ces régimes, ceux comportant exclusion de la communauté telle qu'elle fut organisée, comme une institution type, par le législateur de 1804.

Nous étudierons donc l'œuvre de la jurisprudence dans les régimes de séparation de biens, en y comprenant les régimes prévus par le Code civil sous les noms de : régime exclusif de communauté, régime de séparation de biens *stricto sensu* et régime dotal¹.

Dans ce domaine, nous allons nous efforcer de dégager les grandes idées qui ont guidé la jurisprudence à travers son œuvre qui est considérable. Dès maintenant, nous pouvons dire que ce travail de synthèse, avec le recul du temps qui nous permet d'oublier les solutions divergentes de détail, est relativement aisé. Comme nous l'avons déjà dit, les tribunaux s'attachent à quelques notions dictées par l'équité et le bon sens, et ils s'efforcent ensuite de les faire prévaloir partout. Leur œuvre est une œuvre de juste mesure, d'équilibre des intérêts... Pour justifier leurs solutions, ils sont obligés de recourir à des artifices techniques, à des procédés, des fictions, mais ce ne sont là que des moyens utilisés pour leur permettre d'atteindre leur but. Trop souvent, les juristes ont tendance à accorder une importance exagérée à ces procédés de technique, analysant et commentant de prétendues « théories » de la jurisprudence qu'à leur tour ils s'évertuent à justifier et à expliquer juridiquement comme si ces « théories » avaient une existence autonome et une valeur intrinsèque !

Pour nous, nous nous en tiendrons à quelques idées absolument générales, dégagées par la jurisprudence de l'esprit même de la loi, qui ont orienté les efforts des tribunaux et inspiré toute leur œuvre, laquelle, au fond, n'est

1. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, t. III, 1935, n° 124.

qu'un perpétuel effort d'adaptation de la technique juridique au but abstrait et invariable fixé par ces idées maîtresses, en fonction des circonstances, changeantes, de temps et de lieu. Nous verrons que toutes leurs décisions peuvent se grouper autour de quelques idées que nous nous efforcerons de mettre en relief sans nous préoccuper de la justification technique des procédés employés. Le plus souvent, d'ailleurs, en beaucoup de points, les tribunaux se sont bornés à indiquer le but poursuivi par le législateur et à décréter, qu'en fonction de ce but, telle solution s'imposait...

VIII. — Quel sera l'intérêt de notre travail? Il semble bien, au premier abord, que l'intérêt pratique ne puisse en être que très mince, ou même à peu près nul, à raison du principe de l'indépendance de la jurisprudence qui n'est pas liée par ses décisions antérieures : et, en effet, l'article 5 du Code civil « défend au juge de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ». Autrement dit, « malgré le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi », si le juge est toujours obligé de statuer (art. 4 C. civ.), il est entièrement maître de choisir sa décision de quelque manière qu'il ait tranché la question dans une instance précédente analogue : c'est donc un régime tout à fait anarchique et l'on voit mal l'intérêt ou l'utilité que peut avoir l'étude des décisions de tribunaux dans des conditions pareilles.

Mais, outre que les inconvénients de solutions divergentes se trouveraient réduits par ce fait que nous entreprenons une étude synthétique et donc bien plus d'ensemble que de détail, nous répondons de suite que les tribunaux n'abusent pas de la liberté qui leur est laissée pour s'abandonner à des divagations fantaisistes : chaque jugement, bien qu'il ne vise que des intérêts particuliers, constitue un précédent

qui renforce ou crée une orientation jurisprudentielle et il y a de grosses probabilités pour que les mêmes solutions soient répétées dans d'autres litiges semblables. Il en résulte malgré tout une certaine unité dans la jurisprudence, une certaine stabilité dans les principes dégagés — condition absolument nécessaire d'ailleurs de l'ordre social — qui, au bout de peu de temps, peut faire passer pour certaine et définitive telle façon de résoudre certains conflits. D'ailleurs, l'étude de la jurisprudence c'est l'étude du Droit appliqué, réel, vivant, et cela suffirait à la légitimer.

En plus de cet intérêt pratique indiscutable, pareille étude est d'un haut intérêt scientifique : elle permet, en effet, de suivre l'évolution des conceptions juridiques dans le temps pour s'efforcer de s'adapter aux conditions sociales qui évoluent et se transforment suivant un rythme naturel et irrésistible. Elle permet également, par le fait même, de mesurer la sûreté et la durée des solutions admises, suivant leur plus ou moins grande souplesse.

Enfin, en dehors et à côté de son rôle d'interprète, nous avons signalé que la jurisprudence est obligée de suppléer dans certains cas le législateur lui-même, lorsque quelque point a échappé à sa réglementation, par des constructions juridiques montées de toutes pièces : il est bien évident que, dans ces cas, l'étude de la jurisprudence s'impose au même titre que pour les textes législatifs.

Sans doute, d'autres s'y sont essayés avant nous et d'assez nombreux travaux ont déjà été faits sur cette matière.

Cependant, ces études étaient plutôt analytiques et spécialisées, portant, soit sur le régime dotal, soit sur le régime de séparation de biens. Quant à nous, en utilisant largement les données analytiques antérieures, pour la plupart bien connues, de ces études à la loupe de l'œuvre jurisprudentielle, nous allons nous efforcer de faire œuvre

de généralisation, de systématisation, en un mot, de dégager la philosophie de la jurisprudence. La tâche est délicate. Cependant « quels que soient ses risques, cette besogne de synthèse critique doit être faite; elle est très suggestive. Les erreurs commises ne sont pas sans profit : en les corrigeant, souvent un autre théoricien se rapprochera de la vérité, c'est-à-dire d'une appréciation plus correcte de l'idée relative de justice et de l'utilité sociale, économique, politique, du moment et du milieu¹. »

1. Jèze, *op. cit.*

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Les régimes de séparation de biens avant et dans le Code civil

SECTION I. — ETAT DES REGIMES MATRIMONIAUX A LA VEILLE DU CODE CIVIL

Nous réduirons autant que possible les données historiques qui sortent plutôt du cadre de notre sujet. Nous ne pouvons cependant exposer l'état des régimes matrimoniaux dans le Code civil, sans dire un mot de la situation de ces régimes en 1804.

I. — Il serait difficile de donner une analyse quelconque, tant soit peu précise, des régimes matrimoniaux sous la Révolution ou, d'une manière générale, à la fin du XVIII^e siècle.

Si, en effet, à cette époque, l'organisation administrative de la France avait reçu une certaine centralisation et une certaine unité, il n'en était pas de même pour le Droit privé qui était resté, à peu de choses près, ce qu'il était depuis plusieurs siècles. Un essai d'unification, de codification, avait été tenté sous Louis XIV en particulier, mais les Grandes Ordonnances avaient une portée restreinte et si quelques points avaient reçu une réglementation générale, l'ensemble du Droit privé restait soumis à des coutumes traditionnelles et locales. Le Droit matrimonial en parti-

culier, du moins en ce qui concerne les biens, en était encore à ce stade¹.

Il est à peine besoin de rappeler que, suivant, d'ailleurs très approximativement, la démarcation des pays de coutume et des pays de Droit écrit, deux régimes matrimoniaux se partageaient alors la France : au Nord, la communauté de meubles et d'acquêts; dans le Midi, le régime dotal. Il convient cependant de souligner ce fait remarquable, qu'en plein pays coutumier se trouvaient deux îlots importants où se trouvait consacré le régime dotal : l'Auvergne et la Normandie.

Telle était, d'une manière générale, la répartition géographique des régimes matrimoniaux : elle était loin, d'ailleurs, d'être rigoureuse et absolue.

Le système de la liberté des conventions matrimoniales était depuis longtemps admis et il était loisible aux époux d'apporter dans leur contrat les modifications qui leur paraissaient utiles au régime normalement adopté. Un peu partout, mais en nombre plus ou moins grand, on pouvait trouver des régimes exclusifs de communauté et des régimes de séparation de biens².

II. — Ainsi, à travers tout le territoire français, la plus grande diversité régnait pour l'adoption du régime matrimonial et encore aucun régime ne pouvait-il se présenter avec des caractères bien définis constituant un type arrêté. Dans le Nord, de nombreuses clauses accessoires modifiaient sensiblement la physionomie du régime en telle ou telle région : c'est ainsi que, par une curieuse bizarrerie, le régime sans communauté florissait dans l'Est, aux environs de Reims. Dans le Midi, la jurisprudence des divers Parlements en arrivait à constituer pour chaque ressort, un

1. Ch. Lefèvre, *Nouvelle Revue historique*, 1911, p. 369.

2. Viollet, *Histoire du Droit civil français*, 2^e éd., p. 823.

Droit spécial qui donnait au régime dotal les aspects les plus divers. La seule idée qui puisse être mise en avant, tout en restant dans le vrai, c'est que les régimes à tendances communautaires prédominaient largement dans le Nord coutumier, tandis que les régimes séparatistes faisaient du Midi leur pays d'élection; cette discrimination étant d'ailleurs la résultante directe et naturelle des différences existant entre la conception latine et la conception coutumière, c'est-à-dire germanique, du mariage. La conception germanique, en effet, reposait sur l'idée que la femme était « la chose » du mari, enlevée ou achetée par lui, en sorte que lui seul avait la charge de la famille à laquelle la femme n'apportait que sa personne.

Au contraire, d'assez bonne heure, la femme fut, à Rome, la compagne du mari, sa commensale, et l'union conjugale apparaissait comme une société que la femme, par ses biens, devait contribuer à fonder et à entretenir¹. De là, l'obligation des parents de doter leurs enfants et en particulier leurs filles qui se mariaient. La femme ayant ainsi des biens à titre personnel, on se préoccupa bientôt de les protéger entre ses mains, d'abord contre son mari, puisque contre sa propre faiblesse..., et c'est ainsi que tout naturellement, en dépit de la nécessaire communauté de vie des époux, pour des raisons économiques essentielles aux yeux de populations pauvres, peut-être aussi pour des raisons politiques², on en arriva aux régimes de séparation de biens qui mettaient automatiquement la femme en état de défense à l'égard du mari. Plus tard, on devait perfectionner encore le système en rendant les biens de la femme indisponibles, même entre ses propres mains : ce fut le régime dotal, le

1. Ginouilhac, *Hist. du rég. dotal*, p. 62.

2. Mais toujours de politique économique : loi *Julia de adulteris* d'Auguste, dans le but d'assurer aux veuves et aux divorcées la restitution de leur dot, afin qu'elles puissent se remarier et « donner des enfants à la République ».

plus compliqué, le plus parfait aussi, semblait-il, qui se répandit dans le Midi soumis à l'influence latine.

Ainsi les régimes de séparation de biens sont nés de ce besoin de protéger la femme contre les dilapidations possibles du mari. Le trait essentiel qui les caractérise est l'absence d'une communauté. Pas de bourse commune : chacun garde strictement la propriété de ses biens de sorte qu'à la dissolution du mariage, chaque époux se retrouve avec sa fortune propre. Ce principe est l'âme de tous les régimes de séparation de biens qui s'accompagnent par ailleurs de modalités diverses.

III. — En pays coutumier, lorsqu'on éprouva le besoin de protéger la fortune de la femme, on s'efforça de sauvegarder la structure générale du régime de communauté; et on imagina un système où le mari conservait ses pouvoirs d'administration et de jouissance sur les biens de la femme, à charge pour lui de pourvoir aux besoins du ménage, mais système dans lequel la femme gardait la nue-propriété de tous ses biens, meubles et immeubles. Les acquêts étaient, de même, propres du mari ou propres de la femme, suivant l'origine des deniers. Enfin et surtout, la femme n'était plus tenue pour responsable des dettes du mari qui lui restaient propres.

Malgré ces avantages apparents, la femme payait cher sa sécurité, puisqu'elle abandonnait au mari les fruits et revenus de tous ses biens et sa sécurité était toute relative puisque, pratiquement, tous ses biens étaient aux mains du mari qui en était le libre administrateur. On le voit, c'était là le système de protection le plus rudimentaire. Bien qu'exclusif de communauté, il dérivait directement de ce régime dont le mari avait tous les pouvoirs. Comme l'écrit Bourjon¹, « il n'a trait qu'aux biens, non aux

1. Bourjon, *Le droit commun de la France* (1770), t. I, p. 510.

personnes : il laisse au mari toute son autorité ». Cependant, comme il assurait, du moins théoriquement, la stricte séparation des propriétés, il a pu être présenté comme un « doublet » de la séparation de biens¹. Il ne fut jamais très répandu, son caractère mixte le rendant suspect aussi bien en pays coutumier qu'en pays de droit écrit, ses avantages n'étant pas suffisants pour lui attirer les suffrages. C'est dans l'Est qu'il était encore le plus souvent choisi.

IV. — Par contre, le régime de séparation de biens proprement dit, était de pratique courante, surtout dans le Midi. Beaucoup de séparations résultaient de décisions de justice, mais on trouvait aussi, dans l'Ancien Droit, bon nombre de séparations conventionnelles. Ici, non seulement la communauté était exclue, mais la femme gardait, avec la nue-propriété de tous ses biens, le droit de les administrer et d'en percevoir fruits et revenus. Tous les actes rentrant dans l'administration pouvaient être accomplis par elle sans le secours du mari. Dans le Midi, c'était là l'effet essentiel de la séparation de biens ; il assurait à la femme une protection efficace, puisque le mari était dépouillé même de l'administration des biens de la femme et que la séparation se produisait en jouissance en même temps qu'en propriété. Mais certaines coutumes accordaient encore à la femme des pouvoirs plus larges et lui permettaient d'aliéner ou d'hypothéquer ses biens sans autorisation maritale. En ce sens, était la coutume du Hainaut qui reconnaissait au mari et à la femme séparés, une situation juridique identique². La séparation et l'égalité étaient donc absolues, puisque chaque époux pouvait, de son côté, disposer librement de ses biens. De même, en Bourgogne, au cas de séparation judiciaire, il arrivait

1. Viollet, *Précis de l'Histoire du Droit français*, t. II, p. 672.

2. Guyot, *Répert.*, t. XVI. « Séparation de biens », p. 222 et suiv.

fréquemment que les tribunaux accordaient à la femme ce droit de libre disposition des biens. Parfois encore, le contrat de mariage lui-même, au cas de séparation contractuelle, réservait à la femme tous ses droits sur les biens constituant sa dot. Mais il semble que la pratique se soit opposée à ces habilitations de la femme : Le Brun affirme dans son *Traité* que les autorisations d'aliéner ne peuvent être que spéciales et que, même données dans le contrat, elles ne sauraient être admises que si elles sont limitées à une certaine somme¹. D'ailleurs, cette clause n'était pas admise partout et ce n'est que dans quelques régions, comme le Berry et le ressort du Parlement de Flandre, qu'elle produisait tous ses effets². Cependant, à défaut du droit de disposition sans autorisation maritale, on permettait à la femme de plaider seule en matière immobilière... Le Brun explique cette particularité par ce fait que, en plaissant, la femme se met « sous l'inspection des juges ».

Quoi qu'il en soit, la séparation de biens produit des effets plus énergiques que l'exclusion de communauté : « elle tombe sur les biens et sur la personne³ ». On en arriva à établir la maxime que la séparation de biens a pour la femme le même effet que l'émancipation pour les mineurs.

Comme le mari était réduit à ses propres ressources, la femme, pour l'aider à subvenir aux charges du ménage, devait lui verser une part de ses revenus proportionnée à leur importance et aux besoins de la famille.

Aucune quotité n'était fixée à l'avance, la contribution de la femme devait être « raisonnable ». Ainsi se trouvait réalisé l'équilibre entre les deux patrimoines maintenus distincts.

Naturellement, les dettes des époux leur restaient pro-

1. Guyot, *Répert.*, t. I, p. 828.

2. Le Brun, *Traité de la Communauté* (1754), p. 186 et suiv.

3. Bourjon, *ibidem*.

pres et la femme n'était pas tenue des dettes contractées par le mari. La question de la publicité était donc particulièrement importante dans l'intérêt des tiers. Elle avait été organisée par l'ordonnance de 1629 pour les contrats adoptant la séparation de biens et elle consistait en un affichage dans des lieux publics. L'ordonnance du commerce de mars 1673, devait soumettre à la même publicité tous les contrats de mariage des commerçants dérogeant par quelque manière au régime de communauté.

V. — Tel était le régime de séparation de biens. Praticqué en pays coutumier, il était, quoiqu'on dise, le régime de droit commun dans le Midi. En effet, le régime dotal ne s'imposait pas en pays de droit écrit. Sans doute, il était presque toujours choisi, mais si l'option n'était pas formulée en termes assez nets, la paraphernalité se présuait, c'est-à-dire la séparation pure et simple¹.

D'ailleurs, le régime dotal n'était lui-même qu'un régime de séparation un peu spécial, mixte, puisque des deux catégories de biens qu'il instituait, l'une était soumise aux règles du régime exclusif de communauté, l'autre aux règles du régime de séparation.

Le régime dotal était, directement, d'inspiration latine. A la fin du XVIII^e siècle, il jouissait de la faveur des populations du Midi, de l'Auvergne et de la Normandie. Mis au point après plusieurs siècles de pratique, il constituait dans ses grandes lignes le système le plus perfectionné de protection des biens des époux dont il maintenait soigneusement séparés les intérêts. Il avait été prévu pour parer à la fragilité du lien conjugal et préparer au divorce, il gardait toujours cet esprit, organisant à l'avance le rétablissement des patrimoines lors de la dissolution du mariage.

Cependant, si ses traits essentiels et constitutifs se retrou-

1. Eyquem, *Le régime dotal*, p. 28 et suiv.

vaient partout, il était loin d'avoir un aspect uniforme... Sa physionomie variait suivant les provinces, les Parlements.

Comme il ne se présumait pas, il devait être adopté en une constitution dotale expresse. Les formules variaient et, suivant l'usage local, entraînaient ou non dotalité : les plus courantes portaient institution du mari procureur général et spécial à jamais irrévocable, donation ou institution ou promesse d'institution en contemplation du mariage, donations de biens pour charges du ménage, et autres dispositions du même genre.

L'inaliénabilité des biens dotaux n'était pas observée partout avec la même rigueur : en Normandie et dans la région de Toulouse, l'inaliénabilité était relative et on pouvait aliéner les biens dotaux si la femme y consentait. Partout ailleurs, la dot était intangible. Depuis un édit de 1664, dans le ressort du Parlement de Paris, les femmes mariées pouvaient être poursuivies par leurs créanciers sur leurs biens dotaux aussi bien que sur leurs paraphernaux, ce qui constituait une exception remarquable.

D'ailleurs, un peu partout, l'inaliénabilité avait été assouplie; le remploi était possible s'il avait été prévu dans le contrat et il devenait alors une condition de validité de l'aliénation. En Normandie cependant, le remploi était de droit¹ et il pouvait toujours légitimer une aliénation de bien dotal, même sans stipulation expresse. D'ailleurs, même dans le Midi, la femme pouvait toujours faire des donations à ses enfants avec des biens dotaux, comme aussi pour tirer le mari de prison ou dans d'autres circonstances graves, comme pour nourrir un père exilé... De même, la réserve dans le contrat du pouvoir d'aliéner purement et simplement, dont la validité était admise, tempéraila

1. *Coutume de Normandie*, art. 540-541; et Eyquem, p. 24 et suiv.

rigueur du système et, dans ce cas, on admettait que la réserve d'aliéner emportait faculté d'hypothéquer.

Comme les revenus de la dot, par l'intermédiaire du mari, étaient destinés au ménage, ils étaient naturellement aliénables : cependant, certains Parlements admettaient que la part qui excédait les besoins du ménage, était dotale et donc indisponible.

De profondes divergences existaient à propos de la dot mobilière qu'il ne nous appartient pas d'exposer ici : tandis que la plupart des pays de droit écrit conservaient au mari son droit de libre disposition de la dot mobilière (Parlements de Toulouse, Aix, Grenoble...), des Parlements comme celui de Bordeaux déclaraient cette même dot mobilière inaliénable¹. Les mêmes divergences se reproduisaient lorsqu'il s'agissait de déterminer les pouvoirs de la femme sur sa dot mobilière : cependant, la majorité des Parlements lui interdisaient toute disposition.

Malgré les pouvoirs du mari sur la dot, la femme était en général reconnue seule propriétaire (Parlements de Paris, Bordeaux, Toulouse, Aix), la maîtrise du mari ne valant que pour l'administration. C'est pourquoi, si les actions concernant la jouissance et l'administration de la dot lui étaient unanimement accordées, par contre, nombre de Parlements lui refusaient l'exercice des actions pétitoires.

Quant aux paraphernaux, étant exactement sous le régime de la séparation de biens, ils restaient la propriété de la femme et sous son pouvoir d'administration : les Parlements du Midi et d'Auvergne lui reconnaissaient même le droit d'aliéner seule et librement sa dot paraphernale. Il est vrai qu'en quelques rares régions (dans le Bordelais et sous la coutume de la Marche), le mari se voyait attribuer une sorte

1. « Dans le ressort de ce Parlement, il était de jurisprudence certaine, que la lot, même mobilière, était inaliénable pendant le mariage. » Cour d'appel de Bordeaux, 2 août 1813, S. 1815.2.106.

de droit à l'administration et à la jouissance, attribution que, cependant, il était présumé exercer en vertu d'un mandat tacite.

D'autres dispositions venaient assurer à la dotalité son efficacité et garantir la fortune de la femme : l'imprescriptibilité qui était la conséquence logique de l'inaliénabilité; la dotalité subsidiaire, reconnue par certains Parlements (Bordeaux) qui, sans stipulation de remploi, faisait attribuer le caractère dotal à un immeuble acquis par le mari avec des sommes dotales, lorsque le mari était insolvable. Mais cette indisponibilité n'était que subsidiaire car elle cessait lorsque les créanciers désintéressaient la femme en lui payant sa dot.

La fortune dotal était ainsi protégée et par l'inaliénabilité et par les garanties de cette inaliénabilité : action hypothécaire contre le mari ou ses héritiers, action en révocation contre les tiers acquéreurs. L'action hypothécaire résultait directement de la forme notariée du contrat, sans que l'hypothèque fût expressément stipulée. Elle n'avait intérêt à l'être que dans le cas de constitution de dot sous seing privé. Elle garantissait aussi bien les parapher-naux et elle prenait rang du jour du mariage. Quant à l'action contre les tiers, en annulation d'une vente irrégulière d'un bien dotal, elle n'était pour la femme qu'un recours subsidiaire qui lui était ouvert lorsque le mari, discuté dans ses biens, s'avérait insolvable. De plus, la femme devait prouver que l'aliénation de son bien dotal n'avait pas tourné à son profit.

Telles étaient les règles essentielles qui gouvernaient, sous l'ancien Droit, le régime dotal. Nous devons ajouter que le mari, qui avait la jouissance de la dot, avait la charge du ménage : la majorité des Parlements lui laissait d'ailleurs la propriété, à titre personnel, de l'excédent des revenus dotaux. Mais si ces revenus étaient insuffisants,

il pouvait exiger en justice de sa femme des revenus paraphernaux : cela se faisait d'ailleurs normalement et automatiquement dans la région de Bordeaux.

VI. — Ainsi, à la fin du XVIII^e siècle, la plus grande diversité régnait parmi les régimes de séparation de biens : ce n'étaient que coutumes, usages, jurisprudences locales. Sans doute, qu'il s'agisse du régime exclusif de communauté, du régime de séparation ou du régime dotal, les traits essentiels et spécifiques pouvaient être partout retrouvés; il n'en reste pas moins que la physionomie du même régime était considérablement modifiée de province à province. Les tendances centralisatrices du Premier Consul n'allaient pas tarder à réagir, il appartenait au législateur de 1804 de rétablir l'uniformité dans nos régimes matrimoniaux.

SECTION II. — LES REGIMES DE SEPARATION DE BIENS DANS LE CODE CIVIL

VII. — Dans leur mouvement de réaction contre cette diversité extrême de la législation, les rédacteurs du Code civil faillirent dépasser la mesure et imposer à la France un régime matrimonial unique : le régime coutumier de communauté avait leur faveur, c'est lui qui, dès le début des discussions, parut devoir l'emporter : il devait en effet, par la suite, réunir la majorité des suffrages.

Mais les représentants du Midi défendirent avec vigueur le régime dotal et avec lui les régimes de séparation de biens en général. De leur côté, les partisans du régime de communauté se firent les champions intransigeants des traditions coutumières, en sorte que ce furent deux blocs

à tendances opposées, mais bien arrêtées, qui se trouvèrent en présence¹. Si le régime de la communauté de meubles et acquêts fut adopté comme régime légal, « cette décision ne paraît pas avoir été dictée par aucun but précis, mais représente purement et simplement, en définitive, la victoire du Nord sur le Midi, ou, si l'on veut, la victoire des législateurs du Nord sur ceux du Midi² ». Le premier, au Conseil d'Etat, Berlier avait posé la question de savoir si la communauté serait adoptée pour régime légal : par la suite, il devait être appuyé par Tronchet et Treilhard notamment, qui cherchaient avant tout dans l'institution d'un régime légal à épargner aux époux mariés sans contrat l'obligation de vivre séparés de biens. Portalis, au contraire, préconisant la liberté absolue des époux, se déclara hostile à l'institution d'un régime légal. Ajournée un moment jusqu'à l'élaboration du statut définitif de la communauté, la discussion devait bientôt reprendre, ardente, de divers côtés. Cambacérès proposa de laisser aux époux la faculté de se marier « suivant les principes du Droit écrit », mais on objecta que cela conduirait logiquement au maintien de toutes les coutumes...

Finalement, au résultat de débats passionnés qui se déroulèrent dans la chaude atmosphère d'une éloquence quelque peu solennelle, le Conseil d'Etat se rallia au système de la communauté, régime légal; cependant, la liberté des conventions matrimoniales fut sauvegardée³.

VIII. — Le Code civil fit œuvre d'unification, mais aussi de conciliation : En effet, si le régime de communauté devenait le régime légal à titre supplétif, les époux, dans leur contrat, pouvaient encore adopter un régime exclusif

1. Berlier (*Discours*), S. 1807, t. I, 2^e partie, p. 526-536.

2. Bonnecase, *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de Famille*, 1928, p. 135 et suiv.

3. Fenet, t. XIII, p. 660 et suiv.

de communauté, un régime de séparation de biens ou le régime dotal. Le Code, par ailleurs, précisait les traits essentiels de chacun de ces régimes en les prenant tels qu'ils se trouvaient alors dans la pratique; mais nous avons vu que la pratique était assez confuse. C'est pourquoi le législateur, par négligence ou par prudence, ne fit que poser les grandes lignes de leur structure générale, laissant à l'interprète le plus grand rôle.

Six articles à peine étaient consacrés au régime exclusif de communauté, quatre au régime de séparation de biens, quarante au régime dotal ! Il est vrai qu'à raison de la généralité des termes de l'article 1387 — qui posait le principe de la liberté des conventions matrimoniales — une réglementation méticuleuse eut été inutile, puisque ces régimes légaux n'étaient que supplétifs. Il était cependant nécessaire de déterminer le cadre dans lequel l'initiative des individus pouvait s'exercer, afin de mettre un terme aux profondes divergences qui avaient marqué l'Ancien Droit. C'est ce qu'a fait le Code civil.

IX. — A propos du régime exclusif de communauté (art. 1530-1535), il se borne à préciser quelques points d'où il résulte que, sauf clause contraire des parties, toutes les règles du régime de communauté non incompatibles, peuvent jouer, exception faite pour la communauté elle-même qui n'existe pas. Pas de biens communs, rien que des propres, du mari ou de la femme. Il en résulte une séparation complète des patrimoines, tout au moins quant au droit de propriété, car pour la jouissance, elle appartient de droit au mari qui reste chargé du ménage. La femme est donc isolée, à l'abri des spéculations du mari, protégée dans son capital et sûre de le retrouver intact, puisque, en aucune façon, elle ne peut être tenue des dettes du mari. D'ailleurs, malgré l'adoption de ce régime, l'article 1534

permet à la femme de se réserver une certaine part de ses revenus, et le système voisine alors avec la séparation de biens pure et simple.

X. — La séparation de biens, en effet, organisée par les articles 1536 à 1539, n'est au fond qu'un régime de séparation comme le régime exclusif de communauté, mais de séparation renforcée, puisque la femme garde avec la propriété de tous ses biens, meubles et immeubles, le droit d'en jouir et de les administrer seule. Sur la question des pouvoirs de disposition de la femme, controversée dans l'Ancien Droit, le Code se montre hostile aux pouvoirs de la femme puisqu'il prohibe toute clause l'autorisant à aliéner sans le consentement spécial du mari ou de justice (art. 1538). De même, le Code innove en fixant au tiers de ses revenus la part que la femme doit verser au mari pour les charges du ménage : dans l'Ancien Droit, cette part contributive était fixée par les parties, suivant les besoins. Cette détermination forfaitaire était sage, elle a sans doute évité bien des procès.

XI. — Le régime dotal, plus complexe, fait l'objet d'une réglementation un peu plus étendue (articles 1540-1581) qui lui laisse d'ailleurs la physionomie qu'il avait dans les pays de droit écrit. C'est un régime composite et hybride, tenant par les biens paraphernaux du régime de séparation de biens, et par les biens dotaux du régime exclusif de communauté. En outre de ce caractère mixte, le régime dotal est remarquable par les attributs très spéciaux des biens dotaux, frappés d'inaliénabilité. A raison particulièrement de la gravité de ces caractères exceptionnels, le Code réglemente soigneusement les conditions de la dotalité et ne l'admet, restrictivement d'ailleurs, qu'au cas de volonté expresse manifestée dans le

contrat de mariage, la détermination faite à ce moment étant par la suite irrévocable.

Bien que les conventions des parties puissent y déroger, il réglemente également les pouvoirs du mari sur la dot, qui sont ceux d'un administrateur à larges pouvoirs, puisqu'il peut, outre les actes de l'usufruitier ordinaire, recevoir les capitaux dotaux et exercer seul toutes les actions dotales. Quant à l'inaliénabilité, l'article 1554 stipule très expressément qu'elle est absolue et que ni le mari, ni la femme, ni les deux conjointement, ne peuvent y contrevenir : quelques exceptions sont cependant admises dans des cas exceptionnels déjà pris en considération dans l'Ancien Droit, ou lorsque le contrat de mariage a réservé la faculté d'aliéner (art. 1557), et le Code prévoit alors des garanties très sérieuses pour la femme. De même, le Code organise la restitution de la dot et assure à la femme son recours contre le mari ou ses héritiers. Enfin, il indique les pouvoirs de la femme sur ses paraphernaux qui sont assimilés aux biens de la femme séparée; mêmes droits : administration et jouissance, même limite : actes d'aliénation (art. 1576), même obligation de contribuer aux charges du ménage dans la proportion d'un tiers des revenus au cas où tous les biens sont des paraphernaux (art. 1575).

XII. — Et c'était tout, alors que le seul régime de communauté légale se trouve minutieusement réglementé dans ses moindres détails, en plus de cent articles, et qu'une autre centaine d'articles est consacrée aux modifications conventionnelles possibles de ce régime ! Cette simple comparaison numérique met bien en évidence le peu d'enthousiasme du législateur de 1804 pour les régimes de séparation de biens. A la vérité, on chercherait en vain une idée générale d'ensemble du législateur dans son œuvre relative à ces régimes : comme notre analyse antérieure a pu

le montrer, on y trouverait surtout des dispositions fragmentaires et sommaires. Et cependant, presque toute l'œuvre jurisprudentielle se justifiera par l'esprit du législateur ! En réalité, la seule idée qui domine toute l'organisation des régimes matrimoniaux est la conception très spéciale que le législateur s'est faite de l'organisation du ménage et de l'autorité maritale.

XIII. — En cette matière, comme d'ailleurs en beaucoup d'autres traitées dans le Code civil, on sent l'action directe de Bonaparte. Energique et autoritaire sur le plan politique, il voulut, à l'image des pouvoirs publics, une famille forte et centralisée : or, sur le plan familial, la séparation de biens en impliquant une certaine indépendance de la femme, semblait devoir ouvrir la porte à l'anarchie. Cela ne pouvait être à aucun prix, et le Premier Consul ne cachait pas son aversion et son mépris pour tout ce qui, chez la femme, sortait de son rôle spécifiquement féminin. Son opinion se renforçait d'ailleurs de l'avis, plus ou moins spontané, d'esprits restés imbus des solutions traditionnelles qui représentaient l'égalité des époux comme une dangereuse utopie et les régimes de séparation de biens comme un piège tendu aux tiers. Le régime dotal, peut-être le moins bien connu, était le plus dénigré : « favori d'une aristocratie sans scrupules, il lui sert à nier ses dettes sans gêner ses prodigalités. »

Le régime de communauté semblait devoir éliminer sans difficulté tous ces inconvénients. De fait, il est organisé dans le Code de telle manière que le mari est le chef incontesté du ménage, administrant tous les biens et commandant aux personnes : nombreux sont les textes qui affirment sa suprématie. C'est pourquoi le régime de communauté était destiné à devenir le régime légal obligatoire quand l'opposition opiniâtre des représentants du Midi fit admet-

tre, à titre supplétif, les régimes de séparation de biens et en particulier le régime dotal. On invoquait l'intérêt de la femme, de la famille, le danger qu'il pouvait y avoir, dans tel ou tel cas, à confier au mari, même à titre d'administrateur, toute une fortune qu'il était inapte à gérer... On était aussi au lendemain de la Révolution qui s'était faite au nom de l'égalité, et il se trouvait que les régimes de communauté mettaient la femme nettement en état d'infériorité au point de vue économique... Bref, le législateur céda : il n'empêche qu'il fut détourné de son dessein primitif et que ce sont des revendications régionalistes qui nous ont valu de voir figurer au Code les régimes de séparation de biens.

XIV. — Il importait de mettre ce point en lumière, car il explique l'état d'esprit des rédacteurs du Code civil ; pour eux, le grand principe c'est : unité du ménage par la communauté et la subordination de la femme au mari. Ainsi se conçoit la place très restreinte faite aux régimes de séparation de biens qui se présentent comme des modalités tout à fait exceptionnelles du régime normal, admises par simple tolérance, lorsque telle ou telle femme croirait devoir prendre des mesures spéciales pour sauvegarder sa fortune. Tel était l'esprit du législateur de 1804. Mais s'il accepta des modifications, du fait des régimes de séparation, dans l'organisation des rapports des patrimoines, il maintint son principe de la subordination de la femme : dans la séparation la femme pourrait jouir de sa fortune et l'administrer, elle ne pourrait jamais en disposer sans autorisation. De plus, aucune dérogation conventionnelle n'était possible, la portée de l'article 1388 est absolument générale.

Nous l'avons dit, la grande idée du législateur organisant les régimes matrimoniaux est la subordination de la femme

au mari : cependant, le seul fait d'admettre les régimes de séparation qui ouvrent la porte à une légère extension des pouvoirs de la femme, implique que le législateur n'a pas vu une impossibilité absolue à la capacité de la femme. Il en résulte que l'incapacité de la femme mariée n'a pas le fondement unique qui lui était reconnu dans les législations anciennes : l'idée d'*imbecillitas* et de *fragilitas sexus*, il y a surtout, semble-t-il, l'idée de respect dû à la souveraine autorité du mari que le législateur considérait comme nécessaire à l'organisation familiale. Autorité du mari, donc incapacité de la femme : tel est le raisonnement dans lequel se crut enfermé le législateur de 1804.

XV. — Ainsi les régimes de séparation de biens ont été admis dans notre législation par faveur et comme à regret. Le législateur n'a pas cru devoir en développer la réglementation, aussi les textes se sont avérés vite insuffisants, d'autant plus que les difficultés se sont multipliées à raison des conflits d'intérêts provoqués précisément par la séparation des biens : un ménage sans ressources, des tiers trompés, une femme lésée dans ses intérêts, des époux cherchant à tourner la loi, ont posé tour à tour aux tribunaux les problèmes les plus graves.

De plus, les textes ont vieilli et ils n'ont pas été modifiés. La jurisprudence a dû les adapter aux circonstances économiques nouvelles qui ont, sur certains points, bouleversé la notion de richesse. Elle a dû également suivre l'évolution des mœurs qui, se fondant sur des nécessités pratiques, tendent de plus en plus à reconnaître à la femme la plus large indépendance, justifiée par ailleurs par le développement de ses aptitudes qui tend à faire considérer comme désuètes et archaïques certaines formes de protection (inaliénabilité dotale) prévues par le Code civil.

Pour tous ces motifs, l'œuvre de la jurisprudence a été

considérable. Nous ne chercherons pas à découvrir l'idée qui l'a guidée mais ses idées, les buts qu'elle a poursuivis : car son action est longue, de tous les instants, parfois incohérente, nécessairement sans plan d'ensemble préconçu.

Nous grouperons donc ses décisions autour des quelques idées maîtresses, qui, dans l'ensemble, expliquent son œuvre dans les régimes de séparation. Ce sera notre plan :

Chapitre premier. — *La liberté des conventions matrimoniales dans les régimes de séparation de biens.*

Chapitre II. — *La femme dans l'œuvre jurisprudentielle : protection de ses intérêts; action sur sa capacité.*

Chapitre III. — *Autres préoccupations jurisprudentielles : protection du ménage; protection des tiers.*

Enfin, en terminant, nous préciserons l'esprit de la loi du 18 février 1938 pour établir la concordance entre la loi nouvelle et l'œuvre de la jurisprudence. Il n'en sera donc pas fait état avant la conclusion.

En réalité, beaucoup de décisions jurisprudentielles citées par nous, se rapporteront au régime dotal. Très peu, en particulier, auront trait au régime exclusif de communauté. Cela tient, d'une part, à ce que le régime dotal a donné lieu à des décisions beaucoup plus typiques et, d'autre part, à ce qu'il a été très souvent adopté dans la pratique. D'ailleurs, à raison des liens communs aux trois régimes étudiés, beaucoup de solutions prises dans l'un d'eux sont valables à l'égard des autres (sauf, bien entendu, en ce qui concerne les caractères spéciaux du régime dotal). En tout cas, l'ensemble des décisions se rapportant aux trois régimes témoigne bien des préoccupations jurisprudentielles sur les points mentionnés et que nous allons successivement étudier.

CHAPITRE PREMIER

La liberté des conventions matrimoniales dans les régimes de séparation de biens

L'article 1387 du Code civil, par la généralité de ses termes et sa situation en tête de la réglementation relative au contrat de mariage, domine toute la matière des régimes matrimoniaux. Sans doute, à plusieurs reprises, le Code civil revient sur le contenu de l'article 1387, et notamment l'article 1527, mais c'est uniquement pour le confirmer en le précisant : c'est l'article 1387 qui pose le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Ce principe signifie deux choses : il implique d'abord le libre choix par les futurs époux du régime matrimonial auquel ils désirent se soumettre — et donc la possibilité d'écarter le régime légal de communauté —, il leur permet ensuite d'apporter au régime adopté telles modifications qu'il leur plaira par des clauses insérées dans le contrat. Cependant, cette liberté n'est pas sans limites, et l'article 1388 pose quelques restrictions, concernant les pouvoirs du mari, qui fixent un cadre à l'initiative des individus. D'autre part, malgré son libéralisme apparent, le législateur ne pouvait s'empêcher de voir en les régimes de séparation de biens (le régime dotal en particulier) des régimes d'exception à peine tolérés : l'article 1392 en effet, indique que l'interprétation des contrats sera stricte et que ces régimes de séparation,

à moins de stipulation expresse, ne seront pas présumés.

Telle est la réglementation que les tribunaux allaient avoir à observer et à appliquer : ils l'ont soigneusement respectée : leur œuvre peut s'analyser en une foule de retouches, d'apports, pour préciser une idée ou un terme, combler une lacune, former un tout cohérent et donner à l'ensemble un esprit, une orientation. Nous n'indiquerons que les principaux points de leur intervention.

SECTION I. — LIBERTÉ DES FUTURS EPOUX DANS LE CHOIX DU REGIME

La jurisprudence a laissé à cet égard toute latitude aux futurs époux. Néanmoins, lorsqu'ils optent pour un régime de séparation, certaines conditions sont exigées quant à la forme de leur manifestation de volonté : elle doit être très explicite. C'était le désir du législateur de 1804, c'est aussi une règle jurisprudentielle. Mais le mérite de la jurisprudence est d'avoir su donner à ce principe d'interprétation des conventions matrimoniales, une certaine souplesse tout en l'appliquant avec fermeté.

En effet, qu'il s'agisse du régime dotal, du régime de séparation de biens ou du régime exclusif de communauté, les tribunaux n'exigent pas, pour l'adoption, une formule consacrée ou une déclaration solennelle, il suffit que la volonté des époux ne puisse faire aucun doute : de nombreux arrêts ont admis ce point de vue à propos du régime dotal, qui était cependant le plus en défaveur auprès du législateur, à raison de ses caractères très spéciaux et « exorbitants ». En voici quelques exemples :

Arrêt Guérin, Cour de Bordeaux, du 8 janvier 1851, S. 52.2.401, D. 51.2.50 : « ... Attendu qu'aucune formule

« sacramentelle n'est prescrite pour imprimer à un immeuble le caractère dotal, que si la simple déclaration de la femme qu'elle se constitue des biens dotaux serait insuffisante sous l'empire du Code civil applicable au contrat dont on s'occupe, il en est autrement de la clause par laquelle un immeuble est déclaré inalienable, l'inaliénabilité étant le caractère distinct de ce régime... » — Ainsi la dotalité peut résulter d'une constitution de biens en dot avec déclaration d'inaliénabilité.

Sans même que la volonté des époux soit si clairement manifestée, l'adoption du régime peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat, chacune d'elles, prise séparément, étant insuffisante. Ainsi le régime de séparation de biens sera reconnu comme voulu par les époux dès lors que la femme se réserve l'entière administration de ses biens, meubles et immeubles, avec la jouissance de ces revenus. Ces dispositions constituant l'essence même du régime de séparation de biens, ce régime sera censé avoir été choisi quel que soit par ailleurs le nom que les parties lui auront donné. Ici, la jurisprudence fait donc prédominer l'intention vraie et claire des parties sur la formule ou l'expression employée : on ne saurait l'en blâmer. De même pour le régime dotal; d'ailleurs, les tribunaux indiquent très souvent dans leurs attendus, leur système d'interprétation. Ainsi : arrêt de Nadaillac, Cass. req., 21 janvier 1856, D. P. 56.1.354 : « ... Attendu que si la soumission au régime dotal doit être expresse, il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite en termes sacramentels, qu'elle peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat de mariage quand elles ne laissent pas de doute sur la volonté des parties d'adopter ce régime... »

Pour le régime dotal, d'ailleurs, à raison du statut très particulier des biens dotaux (inaliénabilité et ses conséquences) par opposition aux biens paraphernaux, la deter-

incertain des deux pouvoirs, celui-ci étant encore plus à la périphérie de cette portion d'interprétation. L'article 116 de la loi sur le statut juridique du mariage de la constitution du dit. Il fait une distinction expresse à l'égard des biens que l'on veut soumettre à la tutelle : seuls les biens, même en adoptant le régime dotal, sont les biens sont parafamiliaux. C'est ce que l'on traduit par la formule : la parafamilialité est la règle, la tutelle l'exception, qui diminue encore le poids du législateur de revenir le plus possible au droit commun.

En outre, la parafamilialité a la conséquence d'un certain caractère pour empêcher la tutelle des parafamiliaux du mariage dans la mesure de possible. Elle a aussi que des biens seraient dotal lorsque cela résulterait de l'examen du contrat, mais que le statut des époux ne soit manifeste en des termes formels : ainsi, elle a déclaré dotal les biens stipulés inaliénables dans le contrat ou même simplement soumis au droit d'administration et de jouissance du mari ; elle a même accepté la constitution tacite de dot lorsque, l'adoption du régime dotal étant nettement formelle, le contrat se bornait à indiquer quels seraient les biens parafamiliaux (les biens communs) ; ainsi, alors le caractère dotal à tous les autres biens.

Soit pour l'adoption de tel régime de répartition de biens, soit pour la détermination des biens à caractère dotal, la parafamilialité a donc servi de mesure : première dans l'appréhension des termes employés par les époux et elle s'est efforcée de répondre à leurs vœux lorsque leurs intentions étaient par ailleurs clairement manifestes. Ce n'est pas cependant parce qu'elle se fait moins exigeante ; nous allons donner des exemples où elle a refusé, soit à des biens le caractère dotal en régime dotal, soit à des époux le régime dotal lui-même, à défaut de vouloir ou d'être manifestement manifestes. C'est que, outre l'identité naturelle de

législateur de 1804 pour les esprits indépendants qui s'avisent d'adopter un régime différent, en bien des points, de celui qu'il préconisait, il y a aussi l'intérêt de tous ceux qui traitent avec les époux et qui ne doivent pas souffrir de l'ambiguïté des termes du contrat.

Aussi, avec fermeté, la jurisprudence n'a pas manqué de rappeler, chaque fois que l'occasion s'est présentée, la nécessité d'une constitution très nette de dot, l'adoption du régime dotal n'ayant pas pour effet de soumettre de plein droit à la dotalité et de rendre inaliénables les biens appartenant à la femme à l'époque du mariage : « Attendu » que tous les biens qui n'ont pas été constitués en dot sont » paraphernaux, que le régime dotal peut exister quand » tous les biens seraient paraphernaux, une constitution de » dot est nécessaire pour manifester suffisamment la volonté » des parties d'imprimer aux biens qui en sont l'objet le » caractère de la dotalité, qu'ainsi la seule déclaration que » les futurs époux adoptent le régime dotal, ne suffit pas » à leur donner ce caractère¹... » Ainsi la jurisprudence ne va pas contre la volonté des époux lorsque leur intention est manifestée de façon évidente et cela est tout à son éloge, d'autant plus que, dans le doute, et en la seule considération des règles objectives qui président au fonctionnement des régimes de séparation de biens, elle accuse une nette tendance à n'admettre que restrictivement les caractères spéciaux de ces régimes, tel la dotalité. Dans cet esprit, elle interprète très strictement les clauses comportant dotalité. Ainsi, malgré une constitution de biens présents, elle ne considère pas comme dotaux les biens recueillis par la femme au cours du mariage et qui proviennent soit d'une institution contractuelle² dont la

1. Arrêt Lapeyre, Req., 30 juillet 1877, D. P. 78.1.174, S. 77.1.448. — *Idem* : Cass. civ., 10 juillet 1888, S. 90.1.517, D. P. 90.1.257.

2. Arrêt Manem, Cass., 21 novembre 1883, D. 84.1.398.

femme bénéficiait au jour du mariage, soit d'un retrait successoral¹ relatif à une succession ouverte à cette même date. Au premier cas, elle dit que s'agissant d'une disposition testamentaire, il n'y a de droit acquis qu'au jour du décès, au second qu'il y a seulement exercice d'une faculté et non d'un droit.

De même, au cas d'une constitution de biens à venir, si le remploi obligatoire n'a pas été prévu, par interprétation stricte de l'article 1553, elle n'admet pas que les biens acquis à titre onéreux puissent être dotaux; ils sont toujours paraphernaux² : ou bien par subrogation à des paraphernaux, ou bien par dégénérescence (art. 1553). Cette interprétation est très légitime : elle caractérise cependant le système jurisprudentiel. Tous les arrêts, en des espèces semblables, adoptent la même solution de principe et beaucoup reproduisent les mêmes termes dans leur argumentation. Il serait vain d'insister : aussi nous ne ferons qu'indiquer quelques solutions particulières, à titre d'exemple, qui montrent bien que la jurisprudence, dans son libéralisme, n'a jamais cessé d'exiger des données certaines et non équivoques, avant d'admettre l'adoption d'un régime dissident. Ici encore, c'est le régime dotal qui a donné lieu aux espèces les plus typiques.

Tout d'abord, rompant avec la tradition des anciens Parlements de droit écrit, les tribunaux n'ont pas reconnu à certaines formules, autrefois en usage, un caractère assez explicite pour entraîner l'adoption du régime dotal : c'est ainsi que le « mandat général et spécial » donné au mari pour gérer et administrer les biens de la femme, ne vaut pas stipulation de dotalité, pas plus d'ailleurs que l'institution du mari par la femme pour son « procureur général

1. Montpellier, 29 avril 1857, D. 57.2.214.

2. Arrêt Sabathé, Cass. civ., 12 avril 1870, S. 70.1.185 et sur renvoi : Montpellier, 21 juin 1871, D. 71.2.175.

et irrévocable » ; ces dispositions suffisaient cependant dans l'Ancien Droit ; mais on comprend toutefois que la Cour de cassation n'ait pas cru devoir en maintenir l'usage à raison de leur peu de précision. De plus ces formules n'impliquent rien de spécial au régime dotal et sont parfaitement compatibles avec le régime légal de communauté.

De même, elle n'a pas admis qu'il suffirait de parler de « dot », de « dotal » pour que le régime dotal fût reconnu avoir été stipulé et la déclaration par la femme que tous ses biens seraient dotaux n'entraîne pas par elle-même exclusion du régime de communauté¹. La généralité du terme « dot » explique encore cette façon d'agir, car la dot n'est pas un élément spécifique du régime dotal : en un sens large, la dot comprend tous les biens donnés à l'un quelconque des deux époux en vue du mariage ; au sens étroit, on entend plus spécialement les biens apportés par la femme au mari pour l'aider à subvenir aux charges du mariage et en ce sens les propres de la femme en régime de communauté (comme en régime exclusif de communauté) constituent sa dot puisque les revenus en sont perçus par le mari pour le ménage. L'emploi du terme « dotal » ne caractérise donc pas, à lui seul, la volonté des parties d'adopter le régime portant ce nom, d'autant plus que, suivant le libre jeu des clauses conventionnelles, il peut se faire qu'en régime dotal il n'y ait pas de dot si, tous les biens étant paraphernaux, la femme garde l'administration de sa fortune, ne versant au mari, à titre de contribution aux charges du ménage, qu'une part de ses revenus.

La jurisprudence a encore jugé insuffisantes pour entraîner soumission au régime dotal, les clauses stipulant l'ina-

1. Cass. req., 11 juillet 1820, S. 1820.1.275 ; Nîmes, 22 juillet 1851, S. 51.2.630. — *Idem* : Arrêt Arnaud, Turin, 23 juillet 1808, S. 1809.2.322. — Le régime dotal a été repoussé malgré stipulation d'une somme en dot, d'un augment et d'un douaire.

liénabilité pour les biens de la femme, ou l'aliénabilité seulement à charge de emploi, même lorsque ces stipulations s'accompagnaient de l'attribution au mari de l'administration des biens grevés¹. Elle est allée plus loin encore et a repoussé le régime dotal dans un cas, où, bien que le régime de communauté ait été stipulé, il y avait constitution de dot avec emploi². Il semble cependant que dans ces cas, l'intention des parties ait été de bénéficier des garanties spéciales du régime dotal et que l'on aurait pu déduire cette intention des termes employés... Les tribunaux ne l'ont pas fait. Certains le leur ont reproché, les accusant d'hostilité à l'égard du régime dotal, disant qu'ils ont cherché à établir le régime de communauté toutes les fois qu'il n'était pas absolument incompatible avec les clauses insérées dans le contrat.

Ces reproches sont, à notre avis, quelque peu exagérés. Nous avons donné l'idée de l'œuvre jurisprudentielle dans ses tendances générales — sauf peut-être quelques rares décisions dissidentes — et il ne nous paraît pas que les tribunaux, et en particulier la Cour de cassation, aient fait preuve de semblable parti pris.

A la vérité, les cours ne pouvaient pas ne pas tenir compte du changement introduit à l'avènement du Code civil qui, au Nord comme au Midi, établit un régime normal et de droit commun, le régime de communauté ! Par simple tolérance, le Code admettait encore des régimes non communautaires qui dérogeaient aux principes posés dans le régime légal tant pour le Droit des personnes que pour les droits proprement patrimoniaux : dans l'ordre croissant de leur caractère dérogatoire au droit commun, c'étaient le régime sans communauté, le régime de séparation de

1. Arrêt Dupin, 21 juillet 1911, D. 1914.2.103. L'obligation d'emploi est valable sous tous les régimes et n'entraîne pas dotalité. — *Id.* : Arrêt Yvon 8 juin 1858, S. 58.1.417.

2. Arrêt Delglat, Toulouse, 24 mars 1830, S. 30.2.242.

biens et le régime dotal. Il était très normal que, présentant les caractères les plus exceptionnels, le régime dotal, dans le doute des clauses contractuelles, dût céder le pas aux autres régimes. L'article 1530 du Code civil donne la préférence au régime exclusif de communauté sur le régime de séparation de biens, mais l'article 1392, alinéa 2, fait prévaloir encore le régime de séparation de biens sur le régime dotal : c'est dire que le législateur tient essentiellement à la liberté des biens et à l'incapacité de la femme qu'il désire voir rétablies dès qu'elles ne se heurtent pas directement à la lettre des contrats matrimoniaux. On ne saurait reprocher à la jurisprudence d'avoir suivi le législateur dans ses préoccupations, très nettement caractérisées et d'ailleurs bien légitimes. Cela d'autant plus qu'elle n'a mis, nous l'avons vu, aucune rigueur dans ses méthodes d'interprétation.

Sans doute, il est fort possible qu'au lendemain du Code civil des époux de l'ancien pays de droit écrit, confiants en les formules d'une pratique routinière très ancienne, aient eu la désagréable surprise, quelque conflit étant survenu, de se trouver mariés sous un régime tout différent de celui qu'ils avaient voulu adopter : après une révolution législative comme celle de 1804, c'était inévitable. On conviendra cependant que le législateur s'est efforcé d'éviter pareilles méprises et que, de son côté, la jurisprudence n'a nullement cherché à les provoquer. Les époux ou, à leur place, le notaire, n'ont qu'à déclarer qu'ils se marient sous tel régime pour qu'aussitôt leur vœu soit exaucé : une déclaration nette sur leurs intentions, à moins de leur imposer d'office un régime, c'était bien la moindre des choses qu'on pût leur demander.

Dans certains cas, les tribunaux ont consenti à reconnaître tel ou tel régime sous des clauses particulièrement explicites. Dans d'autres où, cependant, l'intention des parties

semblerait pouvoir se présumer, ils se sont refusés à jouer ce rôle d'interprète, se retranchant derrière les textes. En dépit des inconvénients que cette politique de prudence a pu avoir pour des esprits encore mal avertis des formalités à remplir, il ne fait pas de doute qu'elle était le gage de la sécurité de populations qui, comme celles du Nord, ignorantes de l'effet produit par certaines expressions rituellement employées dans le Midi, pour les avoir par mégarde insérées dans un contrat auraient pu se trouver engagées dans les liens d'un régime compliqué auquel elles n'avaient point songé ! C'était encore là une raison suffisante pour maintenir la jurisprudence dans la voie qu'elle a suivie.

SECTION II. — LIBERTÉ DES FUTURS ÉPOUX DE MODIFIER LE RÉGIME ADOPTÉ

Nous avons déjà indiqué que l'article 1387 du Code civil, avec le libre choix d'un régime prévu dans le Code, offrait aux époux la faculté de déroger à l'effet normal de ce régime par des clauses particulières insérées dans le contrat, ne posant comme limite à l'initiative des particuliers, que le respect dû aux bonnes mœurs et l'intangibilité des pouvoirs du mari en tant que chef de l'union conjugale et chef de la communauté (art. 1388).

Le rôle de la jurisprudence a consisté à définir ce qu'il fallait entendre par « puissance maritale », « bonnes mœurs », mari « chef » de communauté, et de son interprétation dépendait une plus ou moins grande liberté des époux dans l'établissement d'un contrat de mariage à leur convenance. Mais, ici encore, les tribunaux ont fait preuve du plus conciliant libéralisme à l'égard de la volonté des individus ;

nous l'allons voir à propos des espèces particulières qui leur ont été soumises.

Deux problèmes d'interprétation se posaient aux tribunaux : quelles modifications apportées par les époux devaient être tolérées, et, d'autre part, dans quel esprit trancher les difficultés créées par ces clauses (obscurités, incompatibilités)? Nous allons successivement examiner ces deux points.

§ 1. — Modifications admises.

Les tribunaux se devaient, d'abord, de préciser les prohibitions posées par le Code civil. Il semble qu'ils n'aient pas eu à se prononcer sur la question des « bonnes mœurs » : par contre, les idées de « puissance maritale » et de mari « chef » de communauté les ont guidés dans toute leur œuvre en la matière. Ils auraient pu décider que la mesure invariable type de la puissance maritale, ou plutôt de l'incapacité de la femme, se trouvait exactement définie dans le régime légal de communauté, et qu'à moins d'adopter formellement un des régimes de séparation de biens, il était impossible de déroger au statut légal établi... Bien que cette conception fût très soutenable, ils ne s'y sont pas arrêtés : leur façon de voir la liberté des conventions s'est avérée beaucoup plus large.

En effet, pour déterminer les limites du cadre dans lequel peut s'exercer librement l'initiative des individus, la jurisprudence a tenu compte des dérogations proposées par le législateur lui-même au régime légal de communauté et constitutives des régimes de séparation de biens. Ainsi, les régimes de communauté, de séparation de biens *stricto sensu* et le régime dotal réunissant les éléments extrêmes au point de vue capacité des époux et liberté des biens,

ont servi, par leurs caractères essentiels, à établir les points de repère les plus avancés du champ d'action des individus. Il en résulte cette idée très simple, dont la jurisprudence a fait son principe d'interprétation, à savoir que, sous tous régimes, toutes les clauses étaient valables tant qu'elles ne faisaient que reproduire un aspect du fonctionnement d'un autre régime, prévu et organisé par le Code civil; et cela se traduit par l'impossibilité d'augmenter la capacité de la femme, telle qu'elle se trouve développée dans la séparation de biens *stricto sensu*, comme aussi d'aggraver l'indisponibilité¹ des biens prévue à propos du régime dotal.

L'étude de quelques-unes de ces clauses soumises aux tribunaux va d'ailleurs nous confirmer l'exactitude de cette proposition.

Le Code avait déjà prévu la possibilité d'établir une société d'acquêts en régime dotal (art. 1581) en dépit des caractères, en apparence opposés, de ces deux institutions. Cette formule hybride devait d'ailleurs avoir grand succès puisque, d'après la statistique de l'Administration de l'Enregistrement pour l'année 1898, sur 10.112 contrats adoptant le régime dotal, 4.560 y adjoignaient une société d'acquêts. Il ne nous appartient pas d'analyser ici dans le détail les motifs de cette faveur. Indiquons seulement que cette combinaison avait l'avantage, tout en assurant à la femme une certaine capacité et une protection efficace dans ses biens, de lui permettre de participer aux bénéfices du ménage qu'elle avait le plus souvent contribué à réaliser et dont la séparation des biens l'aurait ensuite frustrée. La société d'acquêts corrige donc très heureusement la séparation des biens des époux en ce qu'elle a d'égoïste et de

1. Ce terme ne présume en rien, ici, de la nature juridique du statut des biens dotaux.

dangereux. C'est pourquoi, sans doute, la jurisprudence n'a fait aucune difficulté pour admettre la société d'acquêts dans le régime de séparation de biens proprement dit : dès 1869, un arrêt de la Cour de Dijon constate, à cette époque, l'existence de la clause et en reconnaît la validité¹. Nous verrons au paragraphe suivant comment les tribunaux ont concilié les deux régimes de séparation et de communauté d'acquêts.

Mais bien d'autres modifications au statut normal des régimes de séparation de biens ont été admises. Les unes ont pour but de renforcer, sur tel ou tel point, le régime fondamental choisi en utilisant les données d'un régime à caractère plus séparatiste; d'autres, le régime dotal ou le régime de séparation de biens ayant été choisi, introduisent des dérogations qui ont pour effet d'atténuer le particularisme de ces régimes et de les rapprocher du droit commun.

Dans la première catégorie rentrent les clauses, validées par la jurisprudence, qui déclarent inaliénables des biens hors régime dotal, en régime de séparation par exemple : « ... Attendu que les époux, quel que soit leur régime » matrimonial, ont la faculté de stipuler que la dot mobilière ou immobilière sera inaliénable ou ne pourra être » aliénée que sous certaines conditions et qu'une clause » de cette nature qui n'a rien de contraire à la loi, imprime » à la dot constituée un véritable caractère d'inaliénabilité » avec effets réglés par le régime dotal...² » Ainsi est repoussé l'avis de ceux qui pensent que l'inaliénabilité ne pouvait porter que sur les biens dont le mari a l'administration et la jouissance. La femme, par simple déclaration, peut donc frapper ses propres biens d'inaliénabilité et se garantir

1. Dijon, 21 avril 1869, S. 69.2.200.

2. Arrêt Hue, Cass., 3 février 1879, D. 79.1.246. — *Id.* : Cass., 15 mars 1853, D. P. 53.1.81.

ainsi contre sa propre faiblesse ou l'action indirecte de son mari. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que tous les biens soient déclarés inaliénables : aux termes mêmes des arrêts, la dotalité peut être « partielle » : « lorsque les parties ont » adopté le régime de communauté, néanmoins elles ont la » faculté d'y déroger partiellement en soumettant certains » de leurs biens au régime dotal¹... » Sans aller jusqu'à l'inaliénabilité, les époux, ou les parents de la femme, peuvent stipuler certaines garanties susceptibles d'assurer cependant à cette dernière la représentation intégrale de sa fortune à la dissolution du mariage. C'est ainsi qu'en régime de séparation ou en régime exclusif de communauté, on trouve fréquemment la clause, admise par la jurisprudence², ordonnant l'emploi ou, au cas de vente, le remploi obligatoire des biens de la femme. Par là, on évite les inconvénients de l'inaliénabilité, sans cependant sacrifier la sécurité de la femme.

De même encore la jurisprudence a permis à la femme, malgré les termes restrictifs de l'article 1549, de se réserver en jouissance, au delà de ses besoins personnels, tous ses biens dotaux. Mais elle est allée plus loin encore pour respecter la volonté des individus. Réunissant les traits particuliers du régime dotal et du régime de séparation de biens, elle a consacré la validité de clauses qui, en régime dotal, gardant à la femme le droit d'administrer tous ses biens, réalisent ainsi le type du régime le plus opposé qui soit à l'esprit du législateur de 1804 : il en résulte, en effet, une sorte de régime dotal (avec inaliénabilité des biens) dans lequel le mari est absolument exclu de la gestion des biens de sa femme. Des auteurs, dont M. Lyon-Caen, ont protesté

1. Arrêt Lefortier, précité, du 15 mars 1853. — *Id.* : arrêt Yvon, Cass., 8 juin 1858, D. 58.1.233.

2. Arrêt de Bauffremont-Vlasso, C. d'appel de Palerme, du 10 juillet 1899, S. 1901.4.17.

contre pareille jurisprudence, invoquant la tradition en matière de régime dotal, la dignité et la suprématie du mari... Il semble cependant que ces clauses ne présentent rien de particulièrement exorbitant puisqu'elles peuvent se retrouver séparément dans d'autres régimes et que, d'après le principe d'interprétation de la jurisprudence, cela suffit à les légitimer. Quoi qu'il en soit, et avec raison à notre avis, la Chambre civile de la Cour de cassation, après avoir dans ses *attendus* examiné et réfuté les griefs qu'on pourrait lui opposer, ne s'en est pas moins prononcée catégoriquement :

« Attendu que la loi ne régit l'association conjugale »
 » quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales... »
 » Attendu que la clause par laquelle dans leur contrat de »
 » mariage les époux stipulent le régime dotal tout en »
 » réservant à la femme l'administration de ses biens dotaux, »
 » ne saurait être considérée comme contraire à la dignité »
 » et à la suprématie du mari dans le mariage et par suite »
 » comme contraire aux bonnes mœurs; que d'un autre »
 » côté cette clause n'est interdite par aucune disposition »
 » de la loi. Attendu dès lors, qu'étant licite, elle doit »
 » produire tous ses effets, notamment l'effet de rendre »
 » imprescriptibles les immeubles déclarés dotaux¹... »

D'autres fois, les époux ont voulu se placer sous un régime de séparation de biens mais ils ont cru devoir l'assouplir sur certains points et en atténuer la rigueur. Il ne fait pas de doute que la jurisprudence se devait de sanctionner ces clauses qui toutes, plus ou moins, marquent un retour au droit commun.

C'est ainsi qu'elle a admis la clause de paraphernalité totale en régime dotal qui entraîne cette conséquence para-

1. Arrêt Commune de Bazas. Cass. civ., 17 février 1886, S. 86.1.161, D. 86.1.249.

doxale d'un régime dotal sans dot : cela aboutit encore à écarter absolument l'inaliénabilité et à généraliser la séparation des biens en jouissance et administration. C'est bien, en effet, ce qu'ont décidé les tribunaux¹ : « ... Attendu » qu'aux termes de son contrat de mariage, la dame Carretier » a bien adopté le régime dotal, mais elle a stipulé par » phernaux tous ses biens, y compris ceux qui lui seraient » donnés dans ce contrat. Attendu que cette stipulation » était valable..., qu'en réalité, par les termes de leur » contrat de mariage, les époux Carretier se plaçaient sous » un régime équivalent à celui de la séparation de biens... »

Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence valide les clauses qui réservent aux époux, en régime dotal, la faculté d'aliéner les biens dotaux. Elle a d'abord hésité pour certaines formes de disposition comme l'hypothèque, mais elle est définitivement fixée depuis l'arrêt Julien² : il s'agissait d'une clause réservant à la femme le droit d'aliéner ses immeubles dotaux. La Cour de cassation a statué dans les termes les plus généraux :

« ... Attendu qu'il n'y a point à rechercher si une telle » stipulation est ou non contraire au régime dotal tel qu'il » est formulé dans le Code..., que dans l'espèce, la seule » question est de savoir si la stipulation dont il s'agit est » licite et que l'affirmative n'est pas douteuse, puisque » la dite stipulation n'est pas contraire aux bonnes mœurs » et ne se trouve point, d'ailleurs, comprise dans les modifi- » cations portées dans les articles qui suivent ledit arti- » cle 1387... » Par la suite, des décisions unanimes devaient confirmer cette jurisprudence et l'étendre aux cas d'échange, d'hypothèque, avec ou sans les formalités prescrites par l'article 1558 du Code civil³.

1. Arrêt Dupin, Montpellier, 21 juillet 1911, D. 1914.2.103.

2. Arrêt Julien, Cass., 17 juillet 1840, S. 1840.1.796.

3. Arrêt Autin, Paris, 27 novembre 1901, S. 1906.2.189.

Enfin, les tribunaux ont également admis que, sous le régime dotal, et donc *a fortiori* sous les autres régimes de séparation de biens, la femme pouvait accorder au mari tous pouvoirs sur la dot dont il pourrait user ensuite sans son consentement spécial : témoin l'arrêt Duplan, du 14 février 1893¹ : « ... Attendu qu'en attribuant, par contrat » de mariage, à son futur époux, le pouvoir de traiter, » transiger et compromettre sur ses biens immeubles » présents et à venir qu'elle se constituait en dot, même » pour les partager, vendre, échanger et céder, la deman- » deresse, alors maîtresse de ses droits, n'a porté atteinte » à aucune des restrictions mises par l'article 1388 à la » liberté des conventions matrimoniales; qu'il lui a été » loisible de combiner le régime dotal qu'elle déclarait » adopter, avec la clause d'ameublement autorisée par » l'article 1507, laquelle permet au mari d'aliéner, même » en totalité, les immeubles propres à sa femme. »

Cette jurisprudence a été critiquée comme élargissant outre mesure les pouvoirs du mari... Mais du seul point de vue juridique, elle est irréprochable : il était surtout à craindre qu'elle n'ouvrit la porte à des abus qui auraient gravement compromis la situation de la femme. Ces craintes ont été vaines et la jurisprudence a su, au nom de l'ordre public, intervenir avec fermeté pour sauvegarder la dignité de la femme. La décision de principe est l'arrêt Deboisse et Pinguet, du 22 décembre 1879², qui a cassé un arrêt de la Cour de Paris³, laquelle, à plusieurs reprises, avait admis la validité de clauses restreignant la capacité de la femme mariée. Voici les principaux attendus de la Cour de cassation : « ... Attendu que les lois qui régissent l'état

1. Arrêt Duplan, 14 février 1893, Cass. req., D. P. 93.1.261.

2. Cass., 22 décembre 1879, D. 80.1.112. — *Id.* : arrêt Martin, 13 mai 1885, S. 85.1.312.

3. Paris, 17 novembre 1875, S. 76.2.65.

» et la capacité des personnes sont d'ordre public, d'où il
» suit, qu'en dehors des cas spécialement prévus par la loi,
» les stipulations ou conventions ayant pour objet de modi-
» fier ou restreindre la capacité légale de la femme mariée
» sont radicalement nulles; attendu qu'aucun texte de loi
» n'autorise la femme qui se marie à stipuler d'une manière
» absolue qu'elle s'interdit de s'obliger envers les tiers
» même avec l'autorisation du mari ou de justice et de se
» placer dans un état d'interdiction conventionnelle...
» Par ces motifs, casse... » — La question s'est trouvée
définitivement tranchée en ce sens.

Ainsi, qu'il s'agisse de modifications rapprochant ou, au contraire, éloignant des règles du régime légal de communauté, qu'il s'agisse de dérogations en faveur du mari ou en faveur de la femme, la jurisprudence a, très justement, validé tout ce qui eut été possible sous l'un quelconque des régimes matrimoniaux. Nous allons voir maintenant comment elle s'est comportée lorsqu'il s'est agi d'interpréter des clauses douteuses ou d'accorder des règles en apparence contradictoires.

§ 2. — Règles d'interprétation de ces modifications conventionnelles.

Dès l'abord, on peut dire que la jurisprudence n'a fait preuve d'aucun ostracisme à l'égard des régimes de séparation de biens : elle a admis avec la même facilité, pour tous les régimes, toutes les clauses stipulées, qu'elles fussent d'inspiration séparatiste ou communautaire. La seule condition qu'elle ait mis à leur reconnaissance (réserve faite de leur légalité) c'est qu'elles fussent exprimées en termes clairs et non équivoques, pour que les tiers ne puissent jamais être induits en erreur¹. Mais, pas plus que pour

1. Arrêt Yvon, précité, du 18 juin 1858

l'adoption d'un régime, des termes sacramentels ne sont pas pour cela exigés, « pourvu que les époux aient pris soin, » ainsi que l'ordonne l'article 1392 du Code Napoléon, » de formuler cette déclaration d'une manière expresse » sans que la loi trace des termes sacramentels par lesquels cette soumission partielle au régime exceptionnel » de la dotalité doive être énoncée¹... »

L'intention des parties étant très nette, la jurisprudence a pour principe d'exécuter la clause à la lettre et de lui faire produire son plein effet. Cependant, au cas d'incompatibilité ou même dans le doute, c'est toujours la clause accessoire qui cède le pas au régime adopté comme base : c'est ce que nous allons voir dans quelques cas particuliers.

Cela se produit d'abord pour la société d'acquêts, lorsqu'elle se trouve adjointe à un régime de séparation de biens : en principe, il y a juxtaposition des deux régimes et il y a lieu d'appliquer à chacun ses règles propres dont la réunion n'altère pas le caractère². Ainsi toutes acquisitions, tout le mobilier échu au cours du mariage sont présumés acquêts : et les reprises ne sont autorisées qu'à charge d'inventaire³ (art. 1499 C. civ.). Il convient d'ailleurs de remarquer que cette nécessité de l'inventaire n'est pas d'ordre public : les époux peuvent y déroger par convention. Mais cette dispense doit elle-même être formellement mentionnée : elle ne saurait résulter d'une stipulation de « dotalité pour les meubles de toute nature » (arrêt Ogier d'Ivry, Cass., 3 mars 1902, D. 1904.1.188). Mais en dehors de ces règles essentielles qui sont présumées avoir motivé la clause accessoire insérée par les époux, les principes de fonctionnement du régime de base adopté restent inchan-

1. Arrêt Lefortier, Ch. civ., 15 mars 1853, D. 53.1.81.

2. Arrêt Mespoulet, Cass., 25 janvier 1904, D. 1904.1.105.

3. Arrêt Daleau, Cass., 19 juin 1855, D. P. 55.1.305. — *Id.* : Bordeaux, 21 janvier 1853, D. P. 53.1.191.

gés, sauf clause contraire. Ainsi, au cas de société d'acquêts en régime dotal, la jurisprudence décide que la femme garde l'administration de ses biens paraphernaux, même si le contrat réserve à la société d'acquêts tous les fruits et revenus des paraphernaux : arrêt Grimardias¹ : « ... Attendu » en droit, qu'aux termes de l'article 1576 du Code Napoléon, la femme mariée sous le régime dotal a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux..., et » qu'elle ne peut être privée de ce droit que par un refus de » sa part de l'exercer ou par les dispositions de son contrat » de mariage. »

C'est encore la même idée qui est suivie par la Cour de Dijon, dans son arrêt du 21 avril 1869², où elle s'efforce de suivre l'intention des parties. « Lorsque, dit-elle, une clause » peut avoir deux sens, il faut choisir celui où elle produit » quelque effet. Ici, le caractère dominant du contrat est la » séparation en retenant que les clauses ne peuvent déroger » à la nature et au principe même de la convention. » Et sur ce principe, elle déclare que si la clause d'un contrat de mariage où la séparation de biens est stipulée et la jouissance des biens de la femme laissée au mari est valable, le mari n'en est pas pour cela un usufruitier comme en régime de communauté, mais un simple administrateur chargé de pourvoir aux besoins du ménage.

Ces principes d'interprétation sont d'ordre général et constamment suivis par les tribunaux. Ils ont été appliqués en régime de communauté d'acquêts lorsque la femme prétendait déclarer sa part d'acquêts inaliénable : cette clause d'inaliénabilité a été déclarée nulle, car elle était directement contraire à la notion même de communauté

1. Arrêt Grimardias, Cass., 11 novembre 1864, D. 65.1.137.

2. Arrêt Druard, Dijon, 21 avril 1869, S. 69.2.200.

qui est, par essence, dans sa totalité, une masse de biens soumise au pouvoir à peu près illimité du mari¹.

Le législateur avait assez soigneusement indiqué sa voie à la jurisprudence. Nous n'avons pas ici à apprécier l'œuvre législative mais bien la position de la jurisprudence en fonction de cette œuvre. La matière ne lui a point fourni l'occasion d'élaborer des constructions juridiques, son rôle s'est borné à interpréter pour l'exécution des détails et les espèces particulières. D'un mot nous pouvons dire qu'elle s'est montrée très libérale à l'égard de la volonté des individus.

Le législateur avait une préférence marquée pour les régimes communautaires et il tendait à y revenir. On eut pu craindre que la jurisprudence ne se montrât difficile pour admettre les régimes de séparation : il n'en a rien été. Sans doute, le régime de communauté est resté le régime de droit commun et, dans le doute, ce sont ses dispositions qui sont admises... Mais la jurisprudence n'a jamais cherché, de son seul mouvement, à y ramener les autres régimes, elle ne l'a fait que lorsqu'il y va de la sécurité des tiers, pour éviter que de machiavéliques époux ne profitent de l'ambiguïté des termes de leur contrat de mariage, pour abuser de leur bonne foi. Il semble que ce soit la raison déterminante des tribunaux. Mais dès que les termes sont suffisamment clairs, les tribunaux ont sanctionné la volonté des époux. Ils n'ont pas oublié cependant, gardiens de la légalité, que les régimes de séparation comportaient, dans notre loi, des dérogations « exorbitantes et exceptionnelles » aux règles normales et que leur économie, représentant un maximum toléré, n'était susceptible que d'une stricte interprétation...

1. Cass., 29 juin 1847, D. 47.1.295, S. 47.1.606.

Ainsi, vu par la jurisprudence, le principe de la liberté des conventions matrimoniales assure aux individus, en matière de régimes de séparation de biens, le maximum de liberté compatible avec nos textes de loi : liberté de choisir un régime différent du régime de communauté, liberté d'y apporter toutes sortes de modifications et de combinaisons de clauses, pourvu que la volonté des parties soit nettement exprimée et que chacune de ces clauses puisse se situer dans le cadre des régimes légaux offerts par le Code civil.

CHAPITRE II

La femme dans l'œuvre jurisprudentielle

PROTECTION DE SES INTERETS ACTION SUR SA CAPACITE

Pour les théoriciens de la Révolution française, du moins pour certains, le problème du féminisme n'était qu'un des aspects du problème beaucoup plus général des vieilles hiérarchies qui avaient si malheureusement caractérisé l'Ancien Régime : c'était une question d'égalité. « N'est-ce pas, avait écrit Condorcet dans une de ses *Lettres d'un bourgeois de Newhaven à un citoyen de Virginie*, en qualité d'êtres sensibles, capables de raison, ayant des idées morales, que les hommes ont des droits ? Les femmes doivent donc avoir absolument les mêmes. Aucun individu de l'espèce humaine n'a de véritables droits, ou tous ont les mêmes, et celui qui vote contre les droits d'un autre, quels que soient sa religion, sa couleur ou son sexe a dès lors abjuré les siens. » Ce même esprit devait présider à l'élaboration du premier projet de Code civil¹ qui instituait un régime de communauté avec égalité absolue des époux. Il devait cependant, par la suite, être abandonné et il serait vain d'insister sur les tendances antiféministes du Code civil de 1804 : l'autorité maritale était précisée, maintenue ou

1. Premier projet du Code, Livre I^{er}, titre III, art. 8 à 12.

and the people of the United States have been the subject of much discussion and debate. The history of the United States is a story of the struggle for freedom and the pursuit of the American dream.

The United States was founded by a group of people who believed in the principles of liberty and justice for all. They fought a war to establish a new nation, and they have since then been the subject of much discussion and debate. The history of the United States is a story of the struggle for freedom and the pursuit of the American dream.

The United States has a long and rich history, and it is a country that has made many contributions to the world. The history of the United States is a story of the struggle for freedom and the pursuit of the American dream. The United States has a long and rich history, and it is a country that has made many contributions to the world. The history of the United States is a story of the struggle for freedom and the pursuit of the American dream.

SECTION I. — PROTECTION DES INTERETS DE LA FEMME

Nous avons vu que les tribunaux, sans jamais aller contre la volonté des parties exprimée dans le contrat de mariage, avaient cependant exigé certaines conditions pour reconnaître l'adoption d'un régime de séparation de biens et que, dans le doute, fidèles à l'esprit du Code, ils s'en tenaient toujours à une interprétation restrictive. Ils auraient pu, dans ce même esprit, aux cas où le silence de la loi leur en laissait la possibilité, chercher à atténuer le particularisme de ces régimes en revenant au droit commun chaque fois qu'il était possible; mais c'était là un point de vue bien mesquin et les tribunaux ne s'y sont pas arrêtés. Ils ont pensé, très justement, du moment que les régimes de séparation étaient admis par faveur pour la femme, que cette dernière avait droit à l'entière protection que le législateur lui accordait sans aucune arrière-pensée. Ce point de départ explique une bonne partie de l'œuvre jurisprudentielle, car les tribunaux se sont attachés, en toutes circonstances, à pousser jusqu'au bout les conséquences de ces régimes dans le sens de la protection des intérêts de la femme¹.

Le régime dotal, le plus compliqué parce qu'il était précisément le plus parfait au point de vue des garanties qu'il offrait à la femme, tant contre le mari ou les tiers que contre sa propre faiblesse, est aussi celui qui a fourni aux tribunaux le plus d'occasions d'intervenir : le législateur n'avait pu qu'esquisser à grands traits le fonctionnement

1. Nous entendons ici les intérêts de la femme dans un sens large : il s'agit plus exactement de la fortune qui lui est confiée lorsqu'elle se marie, qui sert à l'entretien des ménages pendant le mariage et qui, à la dissolution, doit rester aux mains de la femme ou de ses héritiers. Il s'agit donc moins de la protection de la femme elle-même que de sa fortune en considération de la famille.

de ce régime, les tribunaux ont dû compléter et interpréter sa réglementation. Il ne saurait être question de dresser une théorie générale de l'œuvre jurisprudentielle : elle est par trop fragmentaire et porte sur trop de points divers pour être systématisée de quelque manière. Nous nous efforcerons cependant, dans la mesure du possible, de grouper les diverses solutions autour de quelques idées en montrant d'ailleurs, à propos de chacune d'elles, que le but poursuivi est partout le même, à savoir : la protection du patrimoine de la femme.

§ 1. — Stricte conservation de la dotalité contractuelle et, en particulier, interprétation restrictive des dérogations à l'inaliénabilité.

Dans la législation romaine dont le Code civil prétendait, sur ce point, directement s'inspirer, la dotalité apparaissait essentiellement comme un procédé destiné à bloquer entre les mains du mari, dans une indisponibilité absolue, certains biens de la femme désignés dans le contrat et cela afin d'en mieux assurer la restitution à la dissolution du mariage qui pouvait seule, en principe, opérer mainlevée de cette anomalie économique. Le Code civil de 1804 reprit, dans ses grandes lignes, l'institution romaine de la dot, mais il modifia profondément son esprit et l'œuvre de la jurisprudence devait contribuer à marquer encore davantage cette différence.

On a coutume de reporter l'origine de l'inaliénabilité dotale à des difficultés d'ordre social et plus particulièrement de politique démographique auxquelles la loi Julia s'efforça par ce moyen de porter remède. Toujours est-il que la dotalité était considérée comme une mesure d'intérêt public et c'est précisément ce caractère qu'elle a perdu dans notre législation et notre jurisprudence modernes.

Nous avons vu qu'elle ne fut admise, en quelque sorte, que par faveur, pour le cas où telle ou telle femme croirait devoir prendre des mesures spéciales de protection. Il en est résulté qu'elle est devenue une institution d'ordre strictement privé dans l'intérêt individuel des femmes qui l'ont adoptée. La jurisprudence a dû se placer à ce point de vue et cela explique la diversité et la variété de ses solutions, toutes inspirées cependant par le souci de protéger les intérêts des femmes dotales.

Les tribunaux ont vu dans la dotalité une garantie essentielle de la fortune de la femme; c'est à ce titre qu'ils se sont attachés à la défendre et à la maintenir un peu contre tout le monde : mari, tiers, femme elle-même. Cette idée inspire et explique toute la jurisprudence : défendre la femme par la dotalité. Les développements qui vont suivre ne sont que des exemples de la mise en application pratique et logique de ce principe.

Les tribunaux se sont d'abord efforcés de maintenir scrupuleusement le caractère de la dot telle qu'elle avait été stipulée dans le contrat : — « ... Attendu que, la conservation de la dot étant le vœu dominant du régime dotal » constitué par le Code civil, tout ce qui peut tendre à en » altérer l'intégrité doit être rigoureusement interdit et » nulle exception à ce principe ne peut être admise qu'au- » tant qu'elle est expressément autorisée par la loi¹... » Et comme l'inaliénabilité était le facteur essentiel de l'intégrité dotale, la jurisprudence s'est constamment attachée à réduire la portée des clauses, dérogeant à cette inaliénabilité, qui pouvaient être valablement stipulées dans le contrat de mariage.

Tout d'abord, appliquant sur ce point avec rigueur l'article 1453, elle ne tolère aucune modification aux règles

1. Cass., 16 août 1837, arrêt Berne, S. 37.1.800.

initiales du contrat, même lorsqu'elles ne concernent que les époux : toute contre-lettre touchant à la dot est nulle¹ : d'immobilière, elle ne peut devenir mobilière, la date d'exigibilité, même de l'accord de toutes parties, ne peut être changée : Sans doute, dit la Cour de cassation dans l'arrêt Corbineau², le mari peut librement disposer de la dot mobilière, mais il ne le peut que parce qu'il en est responsable vis-à-vis de la femme : ce qui explique qu'il ne soit pas maître de changer la date d'exigibilité, parce que n'ayant encore rien touché, il n'est pas responsable et la femme pourrait se voir privée de sa dot, pour un temps illimité, sans aucune garantie.

Lorsque, dans le contrat lui-même, des clauses dérogoires au régime normal sont stipulées, elles sont strictement appliquées à la lettre par la jurisprudence. La faculté pour la femme de disposer d'un genre de biens dotaux n'entraîne pas celle de disposer d'un genre différent..., la faculté de disposer d'une certaine manière limite par le fait même cette faculté... On a bataillé pour savoir si la réserve du droit d'aliéner comportait le droit d'échanger les biens dotaux : la Cour de cassation a répondu par l'affirmative³, mais des arrêts ont pu décider le contraire⁴, suivant les circonstances. On n'a pas admis que le droit de vendre, purement et simplement, entraînait le droit de vendre à réméré, car ce serait un moyen détourné d'obtenir du crédit. La question s'est même posée de savoir si la femme, en régime dotal, pouvait se réserver la faculté d'hypothéquer ses biens dotaux. A raison des dangers de l'hypothèque, pareille stipulation a d'abord été interdite : — ... « Attendu qu'en effet, bien que l'hypothèque

1. Arrêt Monnier, Dijon, 17 juillet 1816, Devill. 1816.2.172.

2. Arrêt Corbineau, Cass., 4 décembre 1867, S. 68.1.153, D. 67.1.455.

3. Arrêt de Merloz, Cass., 25 avril 1831, D. 32.1.54, S. 32.1.623.

4. Arrêt Miégevillle, Toulouse, 7 février 1832, D. 33.2.36, S. 33.2.464.

» puisse arriver, dans son résultat final, à l'expropriation
 » de l'immeuble et que, sous ce rapport, elle contient le
 » germe d'une aliénation possible, elle n'y arrive toutefois
 » que d'une manière indirecte et dans un futur contingent,
 » éventualité à laquelle on conçoit qu'une femme obsédée
 » par les sollicitations de son mari se résoudrait plus faci-
 » lement qu'elle ne consentirait à une aliénation directe
 » et actuelle; d'où il suit que, pour prémunir la femme contre
 » sa propre faiblesse et contre le danger de l'ascendant
 » marital, la loi a pu ne pas vouloir permettre celle d'hypothéquer¹... » Puis, malgré la résistance de quelques cours, la faculté d'hypothéquer fut admise dans les contrats² et depuis l'arrêt Julien, la question est définitivement tranchée : cependant, à raison des dangers qu'elle présente pour la femme, les tribunaux exigent qu'elle soit expressément formulée et, en particulier, ils n'admettent pas que la réserve du pouvoir d'aliéner emporte, par elle-même, la faculté d'hypothéquer³ : — « ... Attendu que la jurisprudence s'est fixée à cette décision que la faculté pour la femme d'aliéner ses immeubles dotaux ne comprenait pas celle de les hypothéquer et qu'à défaut de mention expresse de ce dernier pouvoir donné à la femme, l'article devait être entendu dans le sens le plus restrictif⁴... » Toute la jurisprudence a suivi dans cette interprétation. Outre la facilité pour la femme de se laisser aller à consentir des hypothèques, les arrêts font ressortir « que la femme peut compromettre sa dot par des cautionnements, sans en rien recevoir », tandis que la vente implique toujours un échange de valeurs...

1. Arrêt Berne, précité, 16 août 1837. Confirmé par Ch. réunies, 25 avril 1831, S. 32.1.623.

2. Arrêt Julien, Cass., 17 juillet 1840, S. 1840.1.796.

3. Arrêt Berne, 14 février 1843, D. P. 43.1.137, et Req., 13 décembre 1853, D. P. 54.1.329.

4. Arrêt Guichard, Bordeaux, 22 décembre 1857, S. 58.2.529.

Il a été, de même, décidé que la femme n'était jamais présumée avoir renoncé à son hypothèque légale : — « ... Attendu qu'il est de principe certain que les exceptions » énoncées au contrat de mariage quand il s'agit de l'inaliénabilité dotale doivent être rigoureusement renfermées » dans leurs termes. Que cela est vrai surtout pour l'action » en reprises de la femme contre le mari et la subrogation » à son hypothèque légale¹... »

De même encore, la faculté de vendre et d'hypothéquer les biens dotaux n'entraîne pas celle de soumettre ces biens à l'exécution des obligations contractées par la femme sans affectation hypothécaire² : — « ... Attendu que les exceptions au principe d'inaliénabilité doivent être restreintes » aux cas textuellement prévus par la loi ou le contrat et » ne peuvent être étendues sous le prétexte de prétendues » analogies..., qu'il n'y a pas d'identité entre la faculté » d'aliéner et d'hypothéquer et celle de contracter des » obligations. Qu'étendre ainsi cette première faculté à la » seconde serait souvent compromettre et perdre la dot » de la femme et donner au mari le moyen d'aliéner le » fonds dotal par voie indirecte³. »

D'ailleurs, lors même que la femme s'est réservé le droit d'aliéner ses biens dotaux, cela ne lui permet pas de disposer du prix à sa guise; en particulier, la compensation n'est pas possible entre le prix du bien dotal et les créances de l'acquéreur sur la femme dotale : — « Attendu que la » faculté d'aliéner l'immeuble dotal stipulée par la femme » n'implique que le droit de transférer valablement la

1. Arrêt Certain, Cass., 17 décembre 1866, D. 67.1.24, S. 67.1.114.

2. Arrêt Eudes, Cass., 3 avril 1849, D. 49.1.124.

3. *Idem* : arrêt Panon, Paris, 26 février 1903, S. 1904.2.67. Nullité des contrats d'antichrèse et de nantissement portant sur des valeurs dotales « parce qu'ils constituent l'un un véritable acte de disposition, l'autre une aliénation éventuelle de la dot ».

» propriété à des tiers acquéreurs, mais non celui d'aliéner
 » le prix qui est inaliénable¹... »

Dans son souci de maintenir l'intégrité des droits de la femme, la Cour de cassation a même décidé que si le contrat réservait à la femme le droit de donner mainlevée de son hypothèque légale en faveur des tiers qui contracteraient avec son mari, on ne pouvait en conclure que la femme peut céder ses reprises à ses créanciers, cet acte étant par trop grave... et la Cour suprême a refusé de rendre responsable sur ses dotaux la femme qui avait cédé — sans droit — ses reprises à un tiers pour arrêter les poursuites contre son mari : c'était, a dit la Cour, un cas de responsabilité contractuelle et non délictuelle² : — « ... Attendu » que la dame Granier a pris un engagement exempt de dol » et de fraude et a agi sans intention de nuire... »

Bien que les tribunaux aient interprété les exceptions légales à l'inaliénabilité dans un tout autre esprit (nous le verrons au chapitre suivant), ils ont toujours, cependant, exercé un contrôle étroit sur les pouvoirs de disposition de la femme dotale dans le but de défendre ses intérêts légitimes : ainsi, lorsque la loi parle de « tirer le mari de prison », les tribunaux n'admettent pas comme argument une simple menace d'incarcération et même, le mari étant effectivement emprisonné, un arrêt a pu décider qu'il était dans l'intérêt de la famille de le laisser dans cette situation : l'aliénation des biens dotaux pour l'en tirer fut refusée³.

Même circonspection lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants : — « Attendu que le partage entre vifs ne peut » comprendre les biens dont l'ascendant n'avait pas la » faculté de disposer..., qu'en ce qui concerne les biens » dotaux cette forme de donation n'a rien en elle-même

1. Arrêt Berne, Cass. Ch. réun., 29 mai 1839, D. 39.1.219, S. 39.1.419.

2. Arrêt Granier, Cass. req., 26 novembre 1901, D. P. 1902.1.44, S. 1902.1.139.

3. Caen, 6 janvier 1845, arrêt Leberruyer, S. 46.2.70.

» qui autorise l'aliénation de la dot hors des cas prévus
» par la loi..., que dans le doute le sens du mot établissement
» ne doit pas être restreint au mariage seulement, mais que
» ce serait l'étendre abusivement que de comprendre sous
» cette dénomination tout ce qui rend la condition des
» enfants plus avantageuse¹... »

Dans tous les cas, les tribunaux apprécient souverainement les circonstances qui sont invoquées et leur autorisation, toujours spéciale, doit être antérieure à l'aliénation : leur rôle est donc capital.

La procédure du remploi est souvent prévue dans les contrats de mariage et son principal effet est de lever l'interdiction absolue d'aliéner, qui constitue une grave entrave à la circulation économique des biens, tout en garantissant au patrimoine une stabilité relative. Ici encore, la jurisprudence a tout fait pour la conservation de la dot de la femme, avec d'autant plus d'aisance que c'est elle qui a dû, dans le silence de la loi, organiser le fonctionnement du remploi en régime dotal, par analogie avec le régime de communauté :

elle a d'abord lié la validité de l'aliénation elle-même à l'existence du remploi ainsi stipulé, annulant l'aliénation, lorsque le remploi régulier n'était pas effectué, et condamnant le tiers acquéreur à la restitution matérielle de l'immeuble dotal dès la dissolution du mariage, à moins que le remploi en valeurs mobilières n'ait été formellement autorisé ;

elle a très rigoureusement obligé les époux à suivre les conditions stipulées au contrat : nature des biens devant servir au remploi, qualités de ces biens... Ainsi, en un cas où le remploi avait été prévu en immeubles suffisants et libres, la Cour de cassation a décidé que le fait pour les

1. Arrêt Sempé, Agen, 16 février 1857, S. 57.2.193.

époux d'acquérir un autre immeuble à charge de payer une soulte, ne constituait pas un remploi valable, à cause de la menace d'éviction venant du privilège du coéchangiste¹;

enfin, les tribunaux ont eux-mêmes pris soin d'ordonner le remploi, comme une mesure de sécurité, pour le reliquat du prix d'un bien dotal lorsque, pour un motif légal, ils avaient été amenés à donner l'autorisation d'aliéner² : — « ... Attendu que le droit d'autoriser sous certaines » conditions déterminées par la loi les aliénations de biens » dotaux implique, pour les tribunaux, celui d'en déter- » miner l'emploi... »

Ainsi la jurisprudence s'est efforcée de couvrir avec soin la femme dotale sous la règle de l'inaliénabilité en n'admettant que très restrictivement les dérogations à ce principe et en réglementant avec soin l'emploi et le remploi qui sont comme des palliatifs aux clauses autorisant l'aliénation. Bien d'autres décisions, bien d'autres mesures ont été inspirées par ce désir de protéger la femme; nous citerons encore l'interprétation, relativement large et d'ailleurs critiquée³, de l'article 1543. En principe, il est absolument interdit d'augmenter la dot au cours du mariage; en fait, la jurisprudence y apporte des tempéraments qui, sur les points visés, font échec à l'article 1543 : il était normal qu'elle fit jouer le système de l'accroissement naturel et que l'augmentation de dot résultant de l'alluvion ou de l'accession soit dotale comme le fonds lui-même⁴; mais il était plus délicat de frapper de dotalité les constructions élevées sur le fonds dotal et les parts indi-

1. Arrêt Lavandier, Cass., 3 avril 1883, D. 84.1.23. — *Id.* : arrêt Montlogis, 12 mai 1840, S. 40.1.668. — Même solution au cas où l'immeuble acquis en remploi est grevé d'hypothèque.

2. Arrêt Lemoine, Cass., 31 décembre 1902, S. 1908.1.445.

3. Aubry et Rau, 5^e édit., t. VIII, § 534.

4. Arrêt Doumic, Bordeaux, 20 janvier 1893, S. 94.2.32 : concerne l'accroissement tant matériel que juridique (usufruit).

visées acquises par la femme dotale qui en était déjà copropriétaire : c'était permettre aux époux de modifier à leur gré, dans une certaine mesure, l'étendue de la dotalité et c'est cependant ce que la jurisprudence a définitivement admis¹. Il est certain que ces solutions sont contraires, du moins dans leurs termes, aux articles 1543 et 1553 et on a pu parler du « résultat anormal » de cette jurisprudence. Cependant, à y regarder de plus près, il semble bien que le « résultat » lui-même soit parfaitement logique et normal ; dire paraphernales des constructions élevées sur un fonds dotal ou des parts indivises d'un immeuble dotal, c'était rompre l'unité de la dot et donner prise à toutes sortes d'attaques indirectes contre le bien dotal. Il y allait de la sécurité de la femme dotale, la jurisprudence ne pouvait s'en désintéresser.

Ainsi les tribunaux, dans leurs interprétations des cas d'espèce, ont toujours tranché la question dans le sens le plus favorable à la dotalité stricte et donc à la femme. Mais l'œuvre législative était imparfaite pour atteindre le but qu'elle visait en matière dotale : la jurisprudence n'a pas hésité à la compléter de la manière la plus hardie.

§ 2. — Mesures complémentaires de protection : inaliénabilité de la dot mobilière ; — représentation de la dot par les paraphernaux.

Parmi les causes qui ont contribué à « vieillir » notre Code civil, il n'en ait pas sans doute qui ait agi plus rapidement et plus gravement que la conception économique de la richesse du législateur de 1804 qui tenait pour sans valeur tous les biens de nature mobilière suivant l'adage : *res mobilis, res vilis*. Dès le début du XIX^e siècle, le déve-

1. Arrêt Berne, Cass., 14 février 1843, D. P. 43.1.37. — Arrêt Ellie, Cass., 2 août 1860, D. 60.1.393. — Arrêt Berchut, Cass., 21 mars 1860, S. 60.1.874.

loppement des fortunes mobilières fit apparaître le danger de cette lacune qui risquait de compromettre ou même de réduire à néant toutes les dispositions prises dans l'intérêt des femmes mariées mais qui ne concernaient que leur fortune immobilière. La jurisprudence s'est alors trouvée enfermée dans ce dilemme : ou subir passivement cet état de choses, appliquer simplement les textes, et abandonner la femme à son sort, ou bien réagir de quelque manière pour protéger plus efficacement la femme et retrouver, au delà des textes, l'esprit du Code civil. C'est ce deuxième parti que les tribunaux ont résolument adopté lorsqu'ils ont proclamé l'inaliénabilité de la dot mobilière et mis en avant la théorie de la dot incluse.

Avec ces deux points nous abordons l'étude des constructions jurisprudentielles les plus hardies et les plus caractéristiques de notre matière et peut-être de tout le Droit. Elles ont fait l'une et l'autre l'objet d'études nombreuses et approfondies. Comme nous l'avons déjà signalé, nous nous désintéressons ici des procédés de technique qui ont présidé à leur élaboration, pour n'y voir qu'un témoignage éclatant de la sollicitude que la jurisprudence a constamment manifesté à l'égard de la femme.

A. *Inaliénabilité de la dot mobilière.* — Il est en général reconnu que le Code civil n'a fait porter l'inaliénabilité que sur la fortune immobilière de la femme. L'article 1544, fondement de cette inaliénabilité, ne parle expressément que des immeubles.

Malgré cela, s'inspirant peut-être des anciens Parlements de Droit écrit (Bordeaux, Toulouse, Aix), la Cour de cassation et la plupart des Cours d'appel n'hésitèrent pas à refuser à la femme la libre disposition de sa fortune mobilière, dès la promulgation du Code : — « ... Considérant » que la femme n'a point pendant le mariage la libre dispo-

» sition de la dot mobilière, qu'il y a contre elle prohibi-
» tion naturelle de l'aliéner... considérant que dans le
» doute il faut se décider pour les mesures qui peuvent
» conserver la dot¹... » Cet arrêt de la Cour de Limoges
devait d'ailleurs être confirmé par la Cour de cassation
dans l'arrêt Malinvaud² après une longue argumentation où
elle invoquait en particulier les travaux préparatoires du
Code civil.

Quelques Cours d'appel s'élevèrent contre cette inter-
prétation, soulignant les difficultés créées, au seul point
de vue économique et pratique, disant que le seul fait de
bloquer des valeurs mobilières, par essence transmissibles
et sujettes, à des degrés divers, à la spéculation, risquait de
les compromettre gravement³, constatant par ailleurs
« qu'il n'existe dans le Code civil aucun texte portant que
» la dot mobilière est inaliénable ».

Mais cette opposition n'eut d'autre résultat que d'ame-
ner la Cour de cassation à préciser son point de vue : elle
maintint son principe de l'inaliénabilité mobilière, s'assu-
rant de son bon fonctionnement dans le sens de la protec-
tion de la femme et s'efforçant toutefois d'atténuer pour
le mobilier lui-même les conséquences gênantes de cette
inaliénabilité. Quant à la justification juridique et législa-
tive de ces mesures, la Cour, quelque peu embarrassée,
essaya de la trouver en invoquant tour à tour l'ancien
Droit, l'esprit des rédacteurs du Code, certains articles
(1541, 1550, 1553...) ou même tout simplement une néces-
sité pratique, « attendu que pour le très grand nombre
de femmes qui n'ont pour dot que du mobilier, il n'y aurait
pas réellement de régime dotal. »

1. Arrêt Soudenas, Limoges, 5 juillet 1816, S. 17.2.264.

2. Arrêt Malinvaud, 1^{er} février 1819, S. 1819.1.146.

3. Arrêt Turpin, Caen, 21 juillet 1821, S. 1821.2.299. — Arrêt Castel,
Douai, 22 juin 1834, sous S. 37.1.99. — Arrêt Gandin, Lyon, 16 juillet 1840,
S. 41.2.241.

Toujours est-il que le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière a été maintenu. C'est une œuvre de conciliation, assez curieuse parce qu'elle doit tenir compte de besoins contradictoires : Besoin d'interdire à la femme de disposer de ses biens mobiliers (c'était le seul moyen d'éviter la dissipation) besoin d'autre part de ne pas soustraire complètement ces biens à la vie économique tant dans leur intérêt même que dans l'intérêt du ménage à la subsistance duquel ils sont destinés avant tout. Toute la dotalité reposait sur cette idée — vraie ou fausse — que la femme était non seulement inapte à gérer elle-même convenablement sa fortune, mais encore qu'elle était incapable de résister au mari qui l'aurait poussée à la dilapider. Partant de ce principe, et suivant d'ailleurs en cela les anciens Parlements du Midi, la jurisprudence a en quelque sorte dépouillé provisoirement la femme de sa fortune mobilière qui a été confiée au mari avec tous les pouvoirs d'un propriétaire légitime¹, à charge par lui de la restituer intégralement à la dissolution du mariage. Ainsi les biens meubles ne souffrent aucune gêne d'une indisponibilité quelconque : le mari peut librement négocier, échanger, poursuivre le remboursement, compromettre, aliéner... et accomplir tous actes qu'il juge utiles dans l'intérêt de la dot. Il en résulte que la femme, dès son mariage (et sous réserve de stipulation expresse contraire) n'a plus qu'un droit éventuel et conditionné à la restitution en nature de sa dot mobilière, tandis qu'elle a, sur son mari, une créance cer-

1. Sous réserve des actes frauduleux uniquement destinés à nuire à la femme. — Il est bien entendu que nous ne visons pas à trancher la question de savoir si le mari est véritablement propriétaire ou administrateur à larges pouvoirs. Pareille distinction, à notre avis, n'est d'aucun intérêt. En effet, quoique les deux termes puissent se retrouver dans quelques arrêts, n'étant pas tirés d'un texte de loi, ils n'ont pu servir de matière et de point de départ à des développements jurisprudentiels. Il faut y voir seulement des expressions commodes pour synthétiser le résultat auquel la jurisprudence est parvenue.

taîne, du montant de la valeur des biens mobiliers, créance garantie par son hypothèque légale sur les immeubles du mari. Par le jeu de l'inaliénabilité mobilière, la femme n'a donc plus sur ses biens qu'un droit de créance garanti par une hypothèque : pour elle, l'inaliénabilité se réduit à l'impossibilité absolue de compromettre, de quelque manière que ce soit, et sa reprise dotale et sa garantie hypothécaire sur le mari : elle ne peut, par exemple, renoncer à cette hypothèque, ni y subroger, ni céder sa priorité, pas plus qu'elle ne peut, indirectement, en compromettre la conservation par ses engagements passés avec des tiers ; la dot mobilière est en effet insaisissable pour les créanciers de la femme nés au cours du mariage.

Ce système s'est définitivement imposé depuis l'arrêt Buisson¹, des Chambres réunies, qui a définitivement orienté les Cours ; les autres décisions ne font que s'y conformer en précisant parfois tel ou tel point de détail. Nous croyons cependant devoir citer l'arrêt Dulac (Cass., 26 août 1851, S. 51.1.805) et reproduire certains de ses attendus qui présentent une synthèse remarquable de tout le système : — « ... Attendu que sous le régime dotal le mari a le droit » de poursuivre les débiteurs des capitaux qui font partie » de la dot de sa femme, d'en recevoir le remboursement » et, par conséquent, d'en donner quittance valable aux » débiteurs. Attendu que le droit de transiger aux meilleurs conditions qu'il verra bon être avec les débiteurs de » tout ou partie des capitaux dotaux est nécessairement » compris dans le droit de recevoir le remboursement et » que, dans tous les cas, le mari est responsable personnellement et hypothécairement envers sa femme, non seule-

1. Arrêt Buisson, Cass., 16 novembre 1846, S. 46.1.824.

2. Arrêt Drevon, Cass., 6 décembre 1859, S. 60.1.644. — Arrêt Cahagne, Cass., 1^{er} décembre 1851, S. 51.1.805. — Arrêt Guillard, Cass., 3 décembre 1883, D. 84.1.334. — Arrêt Menegay, Besançon, 30 juin 1891, D. 92.2.342.

» ment des sommes dotales qu'il a encaissées, mais même
 » de celles dont il a fait abandon par suite de transactions
 » avec les débiteurs... Attendu que l'usage inintelligent ou
 » l'abus que le mari peut faire de son pouvoir sur les créan-
 » ces dotales, n'a d'autre remède que la responsabilité du
 » mari et l'hypothèque légale qui en garantit l'efficacité.
 » Attendu que les règles sur l'inaliénabilité ne touchent les
 » créances dotales que sous le rapport de l'impossibilité
 » où est la femme d'aliéner l'hypothèque légale qui frappe
 » en sa faveur les biens de son mari; — Attendu qu'une
 » créance est sujette, par sa nature, à des remboursements
 » volontaires ou forcés et à des altérations de valeur, la loi
 » a donné à cet égard au mari des pouvoirs appropriés à
 » toutes les éventualités... »

Ainsi, par toutes ces mesures, la jurisprudence a comblé la lacune du Code civil qui laissait à découvert et sans protection la dot mobilière; la jurisprudence assure par là, à la femme, la restitution de la dot par le mari (dans la mesure il est vrai où celui-ci est solvable) d'autant plus que l'inaliénabilité mobilière se complète par la théorie des valeurs dotales incluses dans les paraphernaux.

B. *Dot incluse*. — Avec la théorie dite de la « dot incluse » nous nous trouvons encore en présence d'une « monstruosité » juridique, œuvre de la jurisprudence, qui a pu être discutée et critiquée, mais qui est bien établie aujourd'hui.

Il est bien certain que le Code civil, loin de fournir un fondement, même plus ou moins lointain, à pareille conception, y était directement opposé. L'article 1553 repousse formellement la dotalité pour tous les biens acquis à titre onéreux avec des fonds dotaux (*a fortiori* avec des sommes paraphernales), sous la seule réserve d'une clause contractuelle contraire de remploi ou d'emploi : il importait par-dessus tout au législateur d'éviter des augmenta-

tions indirectes de la dot et il n'admettait pas que la dotalité pût se perpétuer à travers toutes sortes d'opérations. Il acceptait de couvrir la masse de biens qui avait été irrévocablement décrite dans le contrat, afin que tous puissent individuellement se retrouver à la dissolution du mariage : il n'allait pas plus loin. Il en résultait que cette rigueur même permettait de tourner l'inaliénabilité, puisqu'elle faisait refuser le caractère dotal à des biens achetés par la femme avec des deniers dotaux, ou à elle advenus à la place de la dot qu'on lui avait promise, et qu'il suffisait, par exemple, d'exécuter irrégulièrement un emploi, pour priver la femme de la protection dotale.

C'est pour remédier à cette situation que la jurisprudence a entrepris de protéger la dot dans ses transformations¹ et elle y est parvenue avec le système de la représentation de la dot par les paraphernaux, système mis au point après d'assez longs tâtonnements.

De bonne heure, on remarqua le danger flagrant qu'il y avait à déclarer simples paraphernaux les immeubles donnés par le mari, à la femme, lors de la séparation de biens, pour remplir cette dernière de ses reprises : des Cours déclarèrent ces immeubles dotaux, sans d'ailleurs pouvoir justifier autrement que par une nécessité pratique cette solution illégale : — « ... Attendu que le législateur n'a pas » pu vouloir que les biens délaissés par le mari pour remplir sa femme de ses droits et reprises fussent d'une nature » différente de ces mêmes droits, puisque, en perdant le » caractère de dotalité, la femme ne trouverait qu'un » remède inefficace dans la séparation de biens²... »

1. On assigne parfois pour origine lointaine à la dot incluse, la dotalité subsidiaire du droit romain. Mais, comme l'explique M. Eyquem, la dotalité subsidiaire était toute différente : il s'agissait d'un droit de reprise renforcé sur les biens mêmes du mari, seul débiteur de la valeur dotale dont le tiers détenteur pouvait exiger la discussion préalable.

2. Arrêt Nourry-Vallée, Rouen, 26 juin 1824, D. 25.2.21. — *Id.* : arrêt Boyer, Montpellier, 17 novembre 1830, S. 31.2.298.

Puis, d'autres arrêts, adoptant une solution intermédiaire, continuèrent à déclarer dotaux les biens reçus du mari en paiement des reprises dotales, mais déclarèrent que les acquéreurs pouvaient se soustraire aux revendications de la femme en lui payant sa dot mobilière¹... C'était là une solution bâtarde et illogique qui cependant montrait très nettement la préoccupation des tribunaux de protéger la dot malgré les textes.

Ne pouvant, contre les termes du Code civil, imposer la subrogation, la Cour de cassation a imaginé de constituer la reprise dotale en une valeur inaliénable pour la femme, qui peut la suivre dans toutes ses transformations, indépendamment du bien matériel qui la représente et lui sert de support, lequel conserve son caractère légal de valeur extra-dotale. Autrement dit, sur l'immeuble qui est paraphernal par l'effet de la loi et qui peut être aliéné, la femme conserve un droit de créance, créance qu'elle ne saurait perdre, pour le montant de sa reprise dotale que cet immeuble représente dans son patrimoine. En somme, comme le dit l'arrêt *Vivent*², « c'est appliquer simplement le principe de l'inaliénabilité normale de la dot mobilière ». C'est en 1842 que la Cour de cassation s'est pour la première fois prononcée sur son système dans l'arrêt *Arluc*³ qui devait être confirmé un peu plus tard par l'arrêt *Cramaus-sel*⁴ et rallier par la suite toute la jurisprudence des Cours. Nous mentionnerons, à titre d'exemple, quelques attendus de l'arrêt *Vivent*² qui sont particulièrement significatifs; s'agissant d'immeubles donnés en paiement de reprises dotales : «... Attendu, dit l'arrêt, que si les immeubles saisis ne sont pas dotaux et inaliénables, les reprises dont

1. Arrêt *Giraud*, Aix, 25 juillet 1840, S. 42.1.110.

2. Montpellier, 18 février 1853, S. 53.2.684 (2^e espèce).

3. Cass., 31 janvier 1842, S. 42.1.110.

4. Cass., 1^{er} décembre 1857, S. 58.1.257.

» ces immeubles sont, entre les mains de la femme, le gage
» forcé, sont au contraire dotales et inaliénables; attendu
» que ce n'est pas infirmer le titre de créancier, titre inexé-
» cutable sur la dot, que d'imposer à celui-ci des conditions
» de nature à sauvegarder cette dot mais seulement res-
» treindre ce titre dans ses limites rationnelles et juridi-
» ques... »

La théorie de « la dot incluse » était définitivement arrêtée. Son objet était de mieux protéger la dot, de lui assurer toute son efficacité. Des Cours allèrent même plus loin¹ et exigèrent du tiers acquéreur d'un paraphernal à dot incluse qu'il garantît à la femme le remboursement intégral de sa valeur dotale au cas d'aliénation. Mais la Cour de cassation a précisé et maintenu le caractère paraphernal du bien à dot incluse en décidant qu'il pouvait être aliéné sans aucun engagement nouveau du tiers détenteur². C'est ainsi que la femme a pu garder, malgré le Code civil, sa créance dotale intacte sur des immeubles acquis de diverses sources : soit du mari en paiement de la dot mobilière à la séparation de biens, soit dans la succession du constituant de dot, soit d'un tiers quelconque avec des deniers dotaux non sujets à remploi ou même destinés à être remployés, lorsque l'opération, entachée de quelque irrégularité, ne pouvait légalement produire son plein effet³.

Ainsi, sans aller jusqu'à frapper de dotalité certains biens qui, d'après les textes, ne pouvaient prétendre à ce caractère, la jurisprudence a su, par cette ingénieuse construction de la dot incluse, assurer le maintien intégral — au moins dans sa valeur sinon dans sa matérialité — du patrimoine dotal de la femme.

1. Arrêt Gauthier, Grenoble, 11 juillet 1857, D. 57.2.210.

2. Arrêt Grosbon, Cass., 22 février 1905, S. 1906.1.337, D. 1905.1.241.

3. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, t. III, n° 298; et Planiol, t. III (1935) n° 1672 et suiv.

Mais la dotalité n'entraîne pas, par elle-même et nécessairement, la sécurité de la femme : elle n'est efficace que dans la mesure où elle est respectée. En prévision du pire, le Code civil a autorisé la femme à demander, au cours du mariage, la séparation judiciaire de ses biens (art. 1563) : nous allons voir qu'ici encore la jurisprudence s'est constamment efforcée de tirer de l'institution le maximum de résultats heureux pour la femme.

§ 3. Conception jurisprudentielle très large de la séparation de biens judiciaire.

A. *Cas d'admission*. — Il semble, à première vue, que la séparation de biens judiciaire ne puisse avoir dans les régimes de séparation *lato sensu* qu'un intérêt restreint, comparativement aux régimes communautaires, puisque le mari est déjà tenu à l'écart, de par le fonctionnement normal du régime, des biens de la femme. Il ne faut cependant pas oublier qu'il garde l'administration de ces biens, en totalité, sous le régime exclusif de communauté et en partie, sur les biens stipulés dotaux, en régime dotal ; et cela suffit pour permettre, pratiquement, bien des désordres. D'ailleurs les faits ont démontré que, toutes proportions étant gardées, pour satisfaire le besoin de protection des populations adoptant le régime dotal, les tribunaux ont dû accorder trois fois plus de séparations que sous les autres régimes.

L'article 1443 prévoit la séparation de biens judiciaire au cas de « péril de la dot causé par le désordre des affaires du mari », mais la jurisprudence a accordé la plus large compréhension aux termes « péril », « dot », « désordre des affaires », et la Cour de cassation, en ces matières, a déclaré souveraine l'appréciation des juges du fond¹.

1. Arrêt Dantoine, Cass., 6 juillet 1847, S. 47.1.508.

Ainsi, la femme dont le mari, insolvable, a dissipé la dot, peut demander la séparation de biens dans le cas même où la restitution de cette dot lui est garantie par hypothèque sur les biens du père de son mari : — « Attendu » que ce n'est pas des chances plus ou moins assurées de la » restitution de la dot à la dissolution du mariage que la » loi fait dépendre le droit de faire prononcer la séparation » de biens, mais au fait de la mauvaise administration du » mari par suite de laquelle la dot se trouve *actuellement* » compromise et, à plus forte raison, dissipée¹. »

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que le péril de la dot résulte des fautes du mari, il suffit que le mari ait éprouvé des pertes qui compromettent la dot de la femme². — « Attendu que la séparation de biens s'impose même » dans les cas où le désordre a pour cause les dépenses » exagérées de la femme que le mari, par suite de sa faiblesse, n'a pas su empêcher. » Dans cet esprit la séparation a été prononcée en des cas où le mari laisse dépérir la dot de la femme simplement en n'assurant pas sa productivité. D'ailleurs, « il n'est pas nécessaire que la dot soit perdue en tout ou en partie³ », il suffit qu'il y ait simplement danger et risques de perte... La séparation a même été admise alors que la dot de la femme n'avait pas encore été reçue par le mari : — « Attendu que, pour que la femme » soit recevable à demander la séparation de biens, point » n'est besoin que la dot ait déjà été touchée par le mari, » qu'il suffit que celui-ci puisse à toute instant la recevoir » et qu'il donne de justes sujets de craindre qu'elle ne fût » pas en sûreté dans ses mains⁴. »

Il semble qu'avec ces interprétations la jurisprudence

1. Arrêt Basterol, Cass. civ., 27 avril 1847, D. P. 1847.1.125.

2. *Id.* : arrêt Basterol. — Arrêt Granjanin, Dijon, 24 juillet 1895, D. P. 47.1.125.

3. Arrêt Corbineau, Cass., 11 août 1870, S. 72.1.189, D. 71.1.288.

4. Arrêt Mercier, Bordeaux, 1^{er} mai 1848, D. P. 48.2.192.

ait atteint les limites de la liberté qui lui était laissée : elle a cependant reçu des demandes en séparation alors que la femme n'avait rien apporté en dot, n'exerçait aucune industrie, pour ce motif un peu osé « qu'elle était appelée » à recueillir, dans l'avenir, des successions assez importantes dont le montant serait en péril si le mari en prenait possession et que par là elle avait intérêt à faire prononcer la séparation de biens¹... » et cela conduit à embrasser dans la protection de la dot « non seulement la dot constituée avant le mariage mais encore les apports faits d'une manière quelconque au cours du mariage² ». C'est dans ce sens que la Cour de Paris³ a prononcé la séparation de biens — en régime de communauté et avant la loi de 1907 — parce que le mari dissipait les produits de l'industrie de la femme. Il était d'ailleurs déjà admis depuis longtemps que la séparation de biens pouvait intervenir, alors même que la fortune du mari présentait des garanties suffisantes pour le capital de la dot, si le mari en dilapidait systématiquement les fruits⁴ : — « Attendu que le soin de conserver » ce capital n'est pas le seul motif qui puisse donner » ouverture à la séparation des biens, qu'elle peut aussi » être poursuivie et prononcée lorsque les revenus de la » dot, absorbés par les dettes du mari, sont détournés de » leur destination légitime... »

Telle est la position de la jurisprudence quant à la notion de « péril de la dot » ; on voit qu'elle est nettement en faveur de la femme. Il ne faudrait cependant pas y voir une sorte de parti pris capricieux et de méfiance systématique à l'égard du mari : les tribunaux ont toujours su garder une juste mesure ; en particulier ils ont refusé la

1. Arrêt Barbe, Bordeaux, 26 mars 1902, D. 1902.2.216.

2. Arrêt Rège, Alger, 17 octobre 1892, D. P. 93.2.189.

3. Arrêt Maupois, Paris, 2 juillet 1878, S. 78.2.199.

4. Arrêt Girard, Riom, 29 août 1848, S. 49.2.256, D. 50.2.16.

séparation pour le simple motif de démence du mari lorsqu'elle n'avait pas pour conséquence directe de compromettre la dot¹; ils l'ont refusée également lorsque le dépérissement de la dot provenait d'un cas fortuit ou de circonstances économiques étrangères à la volonté du mari qui ne mettaient pas en cause sa qualité de bon administrateur. Ce sont là moins des exceptions que des nuances sur des cas d'espèce que la jurisprudence a su respecter : on ne peut que l'approuver.

B. Effets de la séparation judiciaire. Durée de la dotalité.

— Nous ne nous proposons pas d'analyser toutes les opérations auxquelles donne lieu la séparation survenue au cours du mariage et qui ont pour objet de rendre à la femme la pleine administration ou la propriété² de tous ses biens. Elles sont prévues et réglementées à propos de la communauté dans les articles 1443 et suivants auxquels l'article 1563 renvoie : la jurisprudence n'a pas eu à intervenir de façon intéressante à leur sujet.

Par contre, elle a dû préciser la date des effets de la séparation tant dans le passé que dans l'avenir en ce qui concerne la durée de la dotalité.

I. Pour le passé, il s'agissait d'éviter que, par de frauduleuses collusions, le mari ne s'attachât à dilapider les biens de la femme au cours d'une instance plus ou moins longue et toujours quelque peu pénible. L'article 1445 posait déjà le principe de la rétroactivité de la séparation au jour de la demande : c'était évidemment la solution la plus favorable à la femme et c'est la solution que la

1. Arrêt Thomas, Paris, 18 mars 1870, D. P. 70.2.102. — ... « Attendu que lorsque le mari est interdit il n'en résulte pas toujours et nécessairement que la dot de la femme soit en péril. »

2. Lorsque le mari était effectivement devenu propriétaire et que la femme n'avait conservé qu'un droit de créance. Ex. : meubles estimés dans le contrat de mariage.

jurisprudence a toujours adoptée, même à l'égard des tiers, dans le silence de la loi : — « ...Attendu que la loi » ne fait aucune distinction entre les époux et les étrangers » quant aux effets de la séparation de biens... »

Cette disposition est étendue par la jurisprudence à la séparation de biens conséquence de la séparation de corps ; ici encore, au moins dans les rapports entre époux, la séparation produit effet rétroactif au jour de la demande, — « Attendu que la position respective des intérêts des parties est fixée par la demande en séparation et par l'intention que suppose nécessairement cette demande de faire cesser immédiatement entre eux toute communauté d'intérêts comme toutes relations personnelles¹. » Ainsi la femme se trouve désolidarisée du mari dès le moment où le marasme de ses affaires risquerait — dans la mesure où le régime le permet — de compromettre sa fortune propre : si elle fait preuve de vigilance la mauvaise fortune du mari ne peut donc rejaillir sur la sienne propre et cela lui permet en outre d'exiger du mari, à la dissolution du mariage, tous les revenus et intérêts de sa dot depuis la demande en séparation²⁻³.

II. Si, en régime exclusif de communauté, la séparation de biens judiciaire n'a d'autre effet essentiel que d'enlever la fortune de la femme à l'administration et à la jouissance du mari, la séparation en régime dotal a posé — en l'absence de textes — de graves problèmes concernant le sort des biens qui, jusqu'à ce moment, avaient été gardés de toute atteinte avec un soin jaloux parce qu'ils étaient dotaux. Mais la séparation de biens n'a point pour effet

1. Arrêt Bégis, Cass., 20 mars 1855, S. 55.1.401, D. 55.1.329. — Arrêt de Terceville, Cass., 13 mai 1862, S. 62.1.885, D. 62.1.442.

2. Arrêt Cacatte, Limoges, 17 juin 1835, S. 36.2.61. — Arrêt Girard, Bordeaux, 13 mars 1872, S. 73.2.291.

3. Le jour de la demande est celui de l'assignation. — Arrêt Leperdriel, Cass., 27 mai 1921, D. P. 23.1.65.

de faire cesser le régime dotal pour y substituer un régime nouveau : la séparation a simplement pour but de rendre à la femme l'administration de ses biens dotaux, elle opère donc un simple changement d'administrateur sans altérer la nature du régime dotal¹. C'est cette idée que la jurisprudence a dégagée et mise en pratique, tout en y apportant d'ailleurs, ici ou là, quelques tempéraments dans le sens le plus favorable à la femme.

Donc, après la séparation, la dotalité subsiste exactement comme par le passé, c'est-à-dire que les engagements que la femme a pu contracter au cours du mariage restent inexécutables sur les biens dotaux² sans que la femme puisse y déroger : la dotalité s'impose toujours à elle si bien que la jurisprudence a prononcé la nullité des paiements effectués après séparation de biens par une femme mariée sous le régime dotal en vertu d'engagements antérieurs à la séparation³. L'inaliénabilité, l'insaisissabilité subsistent intégralement, et la femme administrant sa dot ne peut en aucune manière l'engager même après la séparation de biens ; elle est, à ce point de vue, dans la même situation que le mari administrateur. Mais la jurisprudence est allée plus loin : le mari administrateur de la dot mobilière peut l'aliéner à charge d'en représenter la valeur à la femme lors de la dissolution. Après la séparation, au contraire, la dot mobilière devient absolument inaliénable : le mari n'a plus sur elle aucun pouvoir et la femme demeure incapable de la compromettre par un acte quelconque, notamment par la cession de ses créances dotales⁴. La dotalité se trouve donc ici renforcée et cela parce que la femme n'aurait pas de recours contre son

1. Arrêt Raynaud de Lâge, 16 juin 1901, S. 1902.1.124, D. 1902.1.55.

2. Arrêt Formel, 26 août 1828, S. 29.1.30.

3. Arrêt Morel, Cass., 11 juin 1859, D. 59.1.226. — Arrêt Daullioules, Ch. réun., 7 juin 1864, S. 64.1.201.

4. Cass., 19 octobre 1903, S. 1909.1.558, D. 1904.1.19.

mari si elle aliénait sa dot : la jurisprudence n'a pas voulu lui permettre de s'engager sous sa propre responsabilité et lui a refusé tout pouvoir de disposition... ce qui semble un peu paradoxal puisqu'elle est propriétaire tandis que son mari, qui a des pouvoirs plus étendus, n'est qu'un administrateur. Mais la jurisprudence se soucie assez peu de ces contradictions : elle n'a jamais prétendu dresser des constructions juridiques sur des bases préconçues qui lui auraient dicté sa conduite, elle n'a jamais cherché que des résultats qui lui paraissent immédiatement souhaitables et réalisables ; assez souvent elle se préoccupe très peu de chercher une justification juridique à la solution qu'elle donne. En notre matière elle cherchait à protéger la dot de la femme ; pour mieux y parvenir il convenait ici de restreindre ses pouvoirs : elle l'a fait... « Attendu qu'il est » également constant que la séparation de biens n'altère » en rien la force de cette inaliénabilité qui devient alors » surtout salutaire ; attendu que la femme séparée de biens » ne peut directement ni indirectement, soit par des obli- » gations envers des tiers, soit par des stipulations entre » elle et son mari, compromettre sa dot mobilière jus- » qu'alors protégée par l'hypothèque légale qui veillait à » sa conservation ou les garanties diverses stipulées dans » le contrat de mariage¹... »

L'inaliénabilité, tant mobilière qu'immobilière, est donc absolue. Il en est de même de l'insaisissabilité, la jurisprudence décidant que les engagements de la femme dotale, même régulièrement autorisée, ne sont pas exécutoires sur les biens dotaux². Cependant, les tribunaux admettent que les créanciers de la femme survenus après

1. Arrêt Vivent, Montpellier, 18 février 1853, S. 53.2.684. — Arrêt Hue, Cass., 3 février 1879, D. 79.1.353. — Arrêt Primard, Cass., 4 juillet 1881, S. 82.1.212 ; peu importe que le mari administrateur ait eu, avant la séparation, des pouvoirs élargis par des clauses du contrat.

2. Cass., 16 mai 1916, D. 1921.1.16. — Cass., 9 juillet 1923, S. 1923.1.248.

la séparation peuvent saisir les revenus de la dot qui excèdent les besoins du ménage, superflu qui était saisissable, avant séparation, uniquement par les créanciers du mari. Il convient toutefois de remarquer que ce droit des créanciers de la femme dotale séparée n'est pas absolu mais au contraire très limité : ils ne peuvent saisir que les revenus dotaux échus et en tous cas, la femme ne peut, d'avance, aliéner les fruits de sa dot ; ainsi, après la dissolution du mariage, tous les créanciers antérieurs à la dissolution (même ceux dont la créance est née au cours de la séparation) se voient interdire toute action sur les biens qui constituaient la dot, tant sur le capital que sur les revenus¹.

III. — Car la jurisprudence en effet a encore maintenu a protection dotale après la dissolution du mariage survenue par un divorce ou le décès d'un époux. Si aucune mesure n'avait été prise, on aurait pu craindre que la disparition du lien matrimonial ne fût le signal d'une véritable curée, opérée sur les anciens biens dotaux par des créanciers impatients, aux appétits aiguisés par une longue attente. Du coup, la protection de la femme dotale se réduisait à néant, puisqu'elle ne faisait que retarder d'un temps la débâcle de la fortune pour l'aggraver par la suite par sa brusque défection. Ici encore les tribunaux sont intervenus pour conserver à la dotalité son efficacité et permettre à la femme de retrouver sa dot intacte à la dissolution du mariage : ils ont décrété que les effets produits pendant le mariage persisteraient après sa dissolution, ce qui a fait parler des esprits timorés d'une « inconcevable extension

1. Arrêt Mourellon, 1^{er} décembre 1834, S. 1835.1.225. — Arrêt Delure, Cass., 18 août 1869, S. 70.1.69. — Les tribunaux avaient d'abord admis que les créanciers postérieurs à la séparation de biens pouvaient saisir tous les revenus dotaux. Puis la jurisprudence s'est définitivement fixée en 1834 (a. Mourellon).

du régime dotal ». On est obligé de reconnaître que la jurisprudence a ici encore fait preuve de beaucoup d'indépendance et de hardiesse... Néanmoins cette solution est parfaitement conforme au but du régime dotal et donc parfaitement légitime : pratiquement elle s'imposait et la jurisprudence est à peu près unanime¹. Il en résulte que, même après la dissolution du mariage, les anciens biens dotaux restent absolument insaisissables pour les obligations passées au cours du mariage, qui ne peuvent plus s'exécuter même sur la partie des revenus dotaux qui excèdent les besoins du ménage. Les engagements que la femme a pu contracter au cours du mariage ne peuvent porter que sur les paraphernaux, les dotaux, eux, ne peuvent être grevés que par des obligations nées après la dissolution. Dans son contrat de mariage la femme avait formulé le vœu de retrouver intacte sa dot, pour elle-même ou ses héritiers ; avec une remarquable suite de vues notre jurisprudence a tout mis en œuvre pour lui donner entière satisfaction.

Enfin, il restait à prévoir le cas où le réseau des règles protectrices tressé autour de la femme serait tourné et rendu inefficace par la malveillance ou la négligence de ceux que précisément il gênait : dans cette perspective, il convenait d'armer la femme des recours voulus pour obtenir réparation de ces entorses faites à son droit. La jurisprudence a parachevé son œuvre de protection de la femme en organisant soigneusement les responsabilités qui constituent autant de garanties pour la fortune de cette dernière.

1. Arrêt Dagnet, Paris, 18 janvier 1822, *Rec. Dev.* 1822.2.10. — Arrêt Faye, Aix, 24 août 1823, *Dev.* 23.2.262. — Arrêt Chanu, Cass., 8 mars 1832, S. 32.1.333. — Arrêt Combier, Cass., 21 mars 1904, D. 1906.1.317.

§ 4. Recours et garanties de la femme.

A vrai dire, le Code civil avait lui-même réglé de façon assez complète et précise les divers recours qui pouvaient être ouverts à la femme pour lui permettre d'obtenir, tant le respect de ses prérogatives, que la réparation de leur violation. La jurisprudence n'a donc pas eu en cette matière à faire œuvre créatrice, elle s'est bornée à interpréter les textes existants.

D'abord, en toutes circonstances, elle a fait application de la maxime *fraus omnia corrumpit* et sous l'un quelconque des régimes de séparation de biens la femme a toujours pu demander l'annulation d'un acte qui, valable objectivement, n'avait d'autre but que de lui porter préjudice pour satisfaire des intérêts illégitimes. Ainsi en est-il lorsque l'aliénation de la dot mobilière, au cas de concert frauduleux entre le mari et les tiers contractants, constitue en réalité une véritable spéculation des tiers dans leur intérêt exclusif. La femme est alors recevable à demander la révocation de l'aliénation et elle n'est tenue de restituer le prix que dans la mesure du profit qu'elle en a tiré¹... — « Attendu, dit la Cour de cassation, que, quelle que soit » l'étendue des pouvoirs du mari sur les meubles, on ne » saurait en faire dériver pour lui le droit, suivant son » caprice et ses convenances personnelles, de dépouiller » la femme de sa fortune mobilière par des actes évidemment » contraires à ses intérêts et empreints sous ce rapport, à l'égard de la femme, d'un caractère vraiment » dolosif. »

En régime dotal, la femme a une action en nullité² pour

1. Arrêt L. c. G., Cass., 26 mars 1855, S. 55.1.481.

2. La jurisprudence a longtemps admis que cette action était personnelle à la femme. — Arrêt Poisson, Cass., 13 avril 1893, S. 95.1.218. — Arrêt de Merloz, Cass., 25 avril 1831, D. 32.1.54. — Il semble maintenant qu'elle en admette l'exercice par les créanciers de la femme : arrêt Lousteau, Bordeaux, 26 novembre 1889, D. P. 1902.2.284.

faire révoquer les aliénations irrégulières de ses biens dotaux (art. 1125) action qu'elle peut exercer à la dissolution du mariage ou même dès la séparation de biens; et comme le tiers est censé avoir agi en connaissance de cause, les tribunaux lui refusent tout droit de rétention pour la restitution du prix ou le remboursement des impenses faites par lui : il doit rendre immédiatement l'immeuble dotal¹. La jurisprudence ne lui reconnaît pas davantage le droit d'opposer l'exception de garantie qui ne saurait retarder la restitution : tout au plus peut-il, après restitution, poursuivre la femme sur ses paraphernaux, mais à la condition que cette dernière se soit, dans l'acte de vente, formellement portée garante² ou que le tiers acquéreur établisse de manière certaine que le prix versé par lui a profité à la femme. En tout cas, le fait par la femme de s'être portée garante de l'aliénation de son immeuble dotal ne saurait apporter un empêchement à l'exercice de son action en nullité³. Et, d'autre part, interprétant littéralement les termes de l'article 1560, les tribunaux ont décidé que la prescription de cette action en nullité ne pouvait commencer à courir qu'après la dissolution du mariage mais non pas après la séparation de biens (a. Yvoley, précité).

De même, la femme peut intervenir contre une saisie irrégulière de ses biens dotaux et en demander la nullité dans les trois jours qui suivent la publication du cahier

1. Arrêt Yvoley, 4 juillet 1849, Cass. civ., S. 1850.1.283, D. 49.1.330. — Arrêt Montlogis, 4 mai 1840, précité.

2. Arrêt Clavière, 23 juin 1846, S. 46.1.865. Il ne suffit pas que la femme ait vendu conjointement et solidairement avec son mari.

3. Arrêt de Castillon, Cass., 4 juin 1851, D. 51.1.193, S. 51.1.465. Les paraphernaux seuls sont engagés par la garantie et subissent le cas échéant, les conséquences de l'annulation de la vente. C'est la première décision explicite et générale de la Cour de cassation. Mais elle s'était déjà prononcée en ce sens pour la femme normande. Arrêt Sombret, Cass., 5 mai 1818, S. 18.1.387. — *Id.* : arrêt Pion, Grenoble, 16 janvier 1828, S. 28.2.315.

des charges de l'adjudication¹ (art. 728, C. pr. civ.). Passé ce délai, elle peut encore obtenir, si le paiement n'a pas été effectué, que le prix versé par l'adjudicataire lui soit attribué « comme provenant de biens qui n'étaient pas affectés à l'exécution de ses obligations ».

Mais la jurisprudence a surtout organisé avec soin les recours de la femme dotale au cas d'emploi ou de remploi inexécutés et elle lui donne des garanties sérieuses contre le mari, les tiers contractants et même les intermédiaires professionnels. Tout d'abord, bien que certaines décisions aient admis le contraire², la majorité de la jurisprudence s'accorde à reconnaître au mari lui-même le droit, pendant le mariage, de demander au tiers acquéreur un deuxième paiement lorsque le remploi n'a pas été effectué. On admet alors qu'ayant aliéné en tant que mari chef du ménage il exerce ensuite son recours en sa qualité d'administrateur des biens de la femme.

Si, pendant le mariage, le mari reste inactif, la femme a cependant une action contre lui qui lui permet d'obtenir, soit le remboursement du prix, soit l'autorisation en justice d'opérer elle-même le remploi³. Dès la dissolution du mariage ou la séparation de biens, le remploi n'étant plus possible, une double alternative s'offre encore à la femme : elle peut demander la nullité de la vente si le remploi, qui devait, d'après le contrat, obligatoirement l'accompagner, n'a pas été exécuté ou bien a été effectué dans des conditions irrégulières; elle peut aussi, à ce moment, exiger de l'acquéreur négligent un deuxième paiement, le premier n'étant pas libératoire⁴; le tout d'ailleurs sans

1. Arrêt Redhon, Cass., 30 avril 1850, S. 1850.1.497.

2. Arrêt Chantre, Grenoble, 28 juillet 1865, D. 65.2.205.

3. Arrêt d'Amfreville, Cass., 20 décembre 1852, D. 53.1.120, S. 54.1.458.

4. Arrêt Létel, Cass., 3 décembre 1888, D. 90.1.71, S. 89.1.121. — Arrêt Janneau, Cass. civ., 26 février 1912, D. P. 1912.1.359. Si la femme se constitue en dot des sommes dues par un tiers, celui-ci peut se libérer en les payant au mari seul, si l'emploi a été prévu dans le contrat.

préjudice du recours hypothécaire légal que la femme conserve toujours contre son mari. Enfin, pour le cas où le mari et le tiers acquéreur seraient insolvables, la jurisprudence a encore prévu un recours en garantie de la femme dotale contre les intermédiaires : notaires, agents de change, banques, dont la responsabilité professionnelle se trouve ainsi engagée et qui sont tenus de dédommager la femme du préjudice éprouvé par elle du fait du non-remploi des valeurs dotales. L'arrêt Lepel-Cointet¹ a définitivement précisé l'étendue de l'obligation de l'agent de change en l'obligeant à veiller personnellement au remploi et en le rendant responsable des détournements commis par son mandataire, même s'il avait été autorisé par les époux à utiliser ses services. Mais d'autres décisions avaient antérieurement tranché la question dans ce sens favorable à la femme². Ainsi, dès que l'emploi ou le remploi des deniers dotaux sont prévus dans le contrat, la jurisprudence rend les tiers contractants et les intermédiaires responsables de toute irrégularité concernant la matérialité ou la suffisance du remploi : en régime dotal cette responsabilité est de droit, elle joue sans que le contrat la mentionne³ ; des clauses spéciales peuvent cependant l'atténuer ou même en décharger complètement les tiers.

En régime dotal, outre les mesures prises au cas de défaut de remploi obligatoire, d'autres dispositions témoignent encore du désir des tribunaux d'assurer la conservation

1. Cass., 7 juillet 1891, D. 92.1.185.

2. Arrêt Seligmann, Rouen, 7 avril 1886, D. P. 88.2.45. — Arrêt Thézard, Cass., 1^{er} février 1859, D. P. 59.1.266. — *Id.* : arrêt R. c. M., Cass., 16 février 1910, D. 1912.1.183, et arrêt Orcibal, Paris, 7 mai 1895, D. 96.2.204. Dans cette espèce, le notaire fut condamné pour avoir inséré dans un contrat une clause illégale, et donc nulle, qui induisit la femme en erreur et l'amena à compromettre sa dot qu'elle croyait à l'abri par l'effet de cette clause. (Le contrat de mariage stipulait que tous biens à venir seraient paraphernaux et le notaire, lors d'une donation faite au cours du mariage, avait stipulé dotales les valeurs données jusqu'à concurrence d'une certaine somme...)

3. Arrêt Thézard, Cass., 1^{er} février 1859, précité.

intégrale de la dot et la protection en général des intérêts de la femme : c'est ainsi qu'avant la loi du 13 juillet 1907 la jurisprudence déclarait dotaux les revenus de l'industrie de la femme et obligeait le mari, à la dissolution du mariage, à restituer tous ceux qui avaient pu être capitalisés. C'est ainsi encore qu'elle accorde à la femme un recours contre son mari lorsque celui-ci revient en bonne fortune et que l'immeuble dotal a été aliéné avec autorisation de justice pour fournir des « aliments » à la famille¹ : — « Attendu que » le mari est tenu de pourvoir à l'entretien de sa famille... » que ce n'est qu'à défaut de ses ressources que l'immeuble » dotal peut servir à fournir des aliments à la famille et » être aliéné avec autorisation de justice ; que cette autorisation n'a pas pour effet de libérer le mari envers la » femme de la valeur de l'immeuble qu'il a reçue ;... que » le système contraire mettrait fréquemment en péril la » dot que le législateur a pris tant de soin à protéger. .. ». Enfin, en compensation des pouvoirs très larges du mari sur les biens dotaux dont il est propriétaire — biens consommables, meubles estimés... — la jurisprudence a accordé à la femme, en plus de son hypothèque légale (qui couvre toutes ses créances) le privilège du vendeur, des articles 2101 et 2103, qui lui permet d'en reprendre le prix par préférence à tous autres créanciers lorsqu'il se trouve dans le patrimoine du mari à la dissolution².

Pour terminer, il nous faut indiquer la position prise par les tribunaux devant les problèmes concernant la gestion des biens dont le mari, par l'effet du régime matrimonial impliquant séparation des biens, n'est pas l'administrateur légal : nous voulons parler des biens paraphernaux en régime dotal et de la fortune de la femme séparée de

1. Arrêt Privat, Nîmes, 24 août 1842, S. 42.2.475.

2. Trib. civ. de Nîmes, 2 décembre 1868, S. 69.2.304.

biens. Théoriquement, la femme administre librement tous ces biens, le mari n'intervenant que pour autoriser l'aliénation. En fait, il intervient souvent directement ou indirectement pour seconder sa femme ou se substituer à elle. Le Code avait prévu ces divers cas pour régler les rapports entre époux créés par ces situations de fait et assurer encore une protection équitable des intérêts de la femme. Le législateur n'a pas élaboré un statut général pour les biens réservés en principe à l'administration de la femme : les dispositions qui les concernent doivent être recherchées tantôt dans le régime dotal tantôt dans la réglementation de la séparation de biens, judiciaire ou conventionnelle. La jurisprudence n'a point limité la portée des divers textes au cadre dans lequel ils se trouvent : elle a assimilé les biens extra-dotaux du régime dotal aux biens de la femme séparée pour n'y voir que des biens paraphernaux soumis à un statut identique. Ainsi les articles 1577, 1578, 1579, concernant l'administration des paraphernaux par le mari à titre de mandataire, d'usurpateur ou d'agent toléré s'appliquent indistinctement à tous les régimes de séparation de biens... De même pour l'article 1450 qui prévoit la responsabilité du mari dans certains cas où l'immeuble de la femme a été aliéné¹.

La jurisprudence s'en est d'ailleurs tenue à cette réglementation, veillant seulement, dans les cas d'espèce, à ne pas sacrifier la sécurité de la femme à l'impunité du mari. Elle a d'abord étendu aux meubles l'application et les garanties de l'article 1450, après avoir interdit à la femme l'aliénation des meubles hors les besoins de l'administration : on voit par là que cette interdiction n'avait d'autre but que de rendre nécessaire l'intervention du mari pour pouvoir, le cas échéant, le rendre responsable envers la

1. Arrêt Thomas, Besançon, 27 février 1811, *Rec. Dev.* 1811.2.423. — Arrêt Papalihon et Bonneviolle, Cass., 27 avril 1852, D. 52.1.162.

femme de la dissipation du prix. Elle a interprété restrictivement les divers articles qui laissent une certaine latitude au mari, tel l'article 1539 qui le dispense de rendre compte des fruits consommés par le ménage : la Cour de cassation a décidé que ces fruits et revenus doivent pouvoir être présumés avoir servi au ménage, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas dépasser une certaine moyenne. Si, par suite d'une succession, le mari a touché pour sa femme un capital avec des intérêts accumulés, il sera comptable du capital et des intérêts¹. Au contraire, mais toujours pour faciliter la défense de la femme contre le mari qui usurpe l'administration de ses biens (art. 1579), la jurisprudence se montre assez large pour reconnaître qu'il y a eu opposition de la part de la femme : tout écrit suffit à prouver sa résistance, sans qu'il soit besoin d'un acte judiciaire et sans même que l'opposition soit réitérée : il faut seulement que la femme ait protesté une fois par écrit².

La jurisprudence a même été, en régime de séparation de biens, jusqu'à rendre le mari responsable des capitaux de la femme en vertu de l'article 1382, lorsqu'il est établi qu'il a abusé de sa puissance maritale pour entraîner sa femme, en vue de sa satisfaction personnelle, à dissiper une partie de la fortune mobilière qu'elle possédait... et d'après l'appréciation des juges, le mari a pu être condamné à payer des intérêts depuis une époque même antérieure à la demande³.

Telles sont, simplement indiquées, les principales mesures prises par la jurisprudence dans les régimes de séparation de biens, pour la sauvegarde de la fortune de la femme. Dès le lendemain du Code civil, la jurisprudence a été

1. Arrêt Jubé, Cass., 24 avril 1855, D. 55.1.155.

2. Arrêt Delcro, Cass., 31 mars 1879, S. 80.1.425. — Arrêt Burgat, Cass., 13 novembre 1861, S. 1862.1.741.

3. Arrêt de Pindray, Cass., 13 août 1863, D. 63.1.473.

appelée à compléter l'œuvre législative de protection de la femme dont les lacunes compromettaient gravement l'efficacité : nous avons vu qu'elle s'était résolument engagée dans cette voie et que toutes les grandes lignes de son œuvre s'expliquent par cette idée et tendent vers ce but : la protection des intérêts de la femme qui est présumée avoir adopté un régime de séparation précisément pour y trouver une garantie contre les agissements du mari.

Un trait original de cette jurisprudence réside en ce fait qu'elle s'est souvent appuyée sur la tradition romaine et coutumière pour justifier son œuvre, alors qu'elle s'en détachait sur le fondement même : la protection des intérêts de la femme a été dictée, à Rome et dans l'Ancien Droit, par des motifs d'ordre public : « *interest reipublicae...* » Mais ce point de vue a disparu de notre Droit moderne élaboré dans l'atmosphère des tendances fortement individualistes de la Révolution qui ne pouvaient manquer d'inspirer les rédacteurs du Code civil... De fait, pas plus en législation qu'en jurisprudence, l'intérêt d'Etat n'a plus été invoqué, la femme a simplement été protégée pour elle-même, en sa qualité d'associé aux risques accrus par sa faiblesse naturelle et sa subordination légale. Sans doute, au début du XIX^e siècle, des arrêts invoquent encore la maxime « *interest reipublicae...* », mais il ne s'agit plus que d'une formule invoquée comme une sorte de référence à raison du prestige qui s'attache encore à elle, ce n'est plus qu'un moyen, susceptible, à défaut d'autre argument plausible, de justifier une solution pour atteindre, sous le même objet, un but nouveau. D'ailleurs, dès la moitié du XIX^e siècle, la formule a elle-même complètement disparu. Nous disons donc que l'œuvre jurisprudentielle en faveur de la femme est une question d'intérêts privés, même lorsqu'elle s'accomplit en régime dotal : « la dotalité, disait l'avocat général Rouland, régit les intérêts civils des époux et nul ne

peut lui attribuer je ne sais quoi de supérieur et de privilégié ». Il en est résulté une plus grande souplesse dans la dotalité elle-même, simple instrument susceptible d'être aménagé et amendé par les tribunaux qui l'appliquent comme par les époux dont elle est un peu la propriété : et cela explique un certain relâchement, certaines exceptions à la dotalité, par exemple, qui ne font en réalité que tenir compte de la hiérarchie légitime des intérêts (inaliénabilité cessant pour cause de délits et de quasi-délits) ou même permettent encore plus sûrement d'arriver à la fin poursuivie par l'institution elle-même¹.

Dans cet esprit, la jurisprudence avait la plus grande liberté pour élargir ou restreindre ou compléter à son gré telle disposition susceptible d'assurer à la femme plus de sécurité : nous avons vu qu'elle en avait usé de la manière la plus hardie. On a pu critiquer quelques solutions isolées pour leur manque de base législative, leur apparence contradictoire ou leur faiblesse de technique... Mais pour bien juger l'œuvre il faut la considérer dans son ensemble et il faut alors reconnaître qu'avec un ensemble remarquable la jurisprudence a réussi à parfaire l'organisation législative des régimes de séparation de biens, en s'appliquant par-dessus tout à assurer la protection de la femme qui est la raison d'être de ces régimes.

1. Ainsi en est-il de la faculté laissée au testateur de stipuler paraphernaux les biens qu'il lègue et qui devraient être dotaux d'après le contrat. La femme y perd sans doute une garantie, mais si le testateur n'avait pas cette liberté, il risquerait de ne pas faire de donation à la femme, ce qui la lèserait bien davantage : dans ce cas, la dotalité pourrait lui nuire, son caractère obligatoire cesse. Les arrêts n'invoquent pas d'autres arguments. Arrêt Ducos, Cass., 16 mars 1846, D. 46.1.369.

SECTION II. — ACTION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA CAPACITÉ DE LA FEMME

On a violemment reproché aux régimes de séparation de biens de diviser la famille et d'opposer nécessairement les époux — tels deux rivaux se disputant la prééminence dans le ménage avec les intérêts pécuniaires qui s'y attachent — et cela à raison même du régime économique qu'ils organisent. De fait, par opposition aux régimes communautaires, c'est bien sous les régimes de séparation que la femme possède les plus larges pouvoirs puisqu'elle garde sur sa fortune certains pouvoirs d'administration sous le contrôle du mari. Il ne semble pas cependant que cette situation suffise à faire de la femme une concurrente sérieuse pour le mari : ce n'était pas en tout cas l'intention du législateur de 1804 qui avait posé, sans restriction aucune, le principe de l'incapacité de la femme mariée.

On pouvait cependant se demander si la jurisprudence ne profiterait pas de la situation faite à la femme dans les régimes de séparation de biens pour tenter d'améliorer son sort et d'élargir sa capacité, tant par faveur pour la femme elle-même — objet, nous l'avons vu, de la sollicitude jurisprudentielle — que pour répondre aux vœux d'un mouvement féministe de plus en plus généralisé. Certains ont cru que la jurisprudence s'était orientée dans ce sens... Quant à nous, nous ne le pensons pas et il nous semble même que le problème de la capacité de la femme ne s'est pas nettement posé à la jurisprudence. Elle y touche sans doute, mais indirectement et seulement par voie de conséquence sans que l'on puisse découvrir une tendance accusée. C'est ce point de vue que nous allons exposer.

Nous avons déjà signalé qu'en 1804 le principe de l'égalité des sexes fut hardiment abandonné : une forte centralisation fut instaurée jusque dans l'organisation familiale au profit du mari proclamé chef. Peut-être qu'intervinrent les goûts personnels des rédacteurs mais aussi, sans doute, le poids d'une tradition, ébranlée dans ses cadres mais tenace dans son esprit. Toujours est-il que la femme mariée fut déclarée incapable et dans sa personne et dans ses biens. Sous les régimes de séparation de biens certains droits lui étaient cependant reconnus mais en quelque sorte à titre exceptionnel et la femme n'en reste pas moins celle que sans vergogne et avec une franchise un peu crue le législateur assimile à l'enfant, à l'interdit, au fou.

Contre des textes formels, la jurisprudence, même en régime relativement libéral de séparation, n'a rien pu pour la femme : elle s'est contentée de compléter et de parfaire sa protection, pensant d'ailleurs que la femme se souciait beaucoup moins de sa liberté économique que de la conservation de ses intérêts : très logiquement, et suivant en cela l'esprit même du Code, la jurisprudence en est arrivée à faire de l'incapacité de la femme une condition de la sécurité économique qui permettait de faire retomber sur le mari les conséquences malheureuses d'une mauvaise gestion.

A la force des textes s'est ajoutée encore, et cela pendant toute la première moitié du XIX^e siècle, la vieille idée d'*imbecillitas* et de *fragillitas sexus* qui ne reconnaît à la femme que « l'art de plaire et de tenir un ménage » et la déclare, en tout autre domaine, irréductiblement inapte. Il est bien certain que cette conception du rôle de la femme a influé longtemps sur la jurisprudence et l'a déterminée à se désintéresser à peu près complètement du problème de la capacité de la femme mariée. Si, par la suite, elle avait voulu se

reprendre, elle se trouvait trop engagée dans sa première position et il était trop tard.

Les mœurs ont cependant subi sur ce point une profonde évolution : si le rôle de « reine du foyer », célébré autrefois, est bien celui que la nature a irrévocablement assigné à la femme, par contre, c'est un préjugé que de la croire absolument inapte à toutes les activités extra-ménagères. Cette conception reposait sur l'état, présumé naturel, d'ignorance et de faiblesse de la femme, alors que cette disposition résultait simplement d'une lacune dans son éducation (lacune qu'il est permis de juger plus ou moins regrettable) et que sa faiblesse était renforcée, sinon provoquée, par l'état d'infériorité qui lui était réservé au point de vue juridique.

Au cours du ^{xix}^e siècle une réaction féministe s'est dessinée pour renverser ce préjugé et affirmer les capacités de la femme¹. Ce mouvement s'est longtemps présenté sous une forme théorique et abstraite, contrarié par les excès même de ses propagateurs; il devait recevoir une éclatante confirmation au cours des dramatiques circonstances de la guerre où la femme fut appelée à remplacer l'homme absent à peu près dans tous les domaines.

Ainsi le vrai problème de la capacité de la femme ne s'est posé dans toute son acuité et toute sa force qu'à une époque relativement récente. Les tribunaux auraient bien pu et sans s'affranchir guère plus des textes que lorsqu'ils élaboraient par exemple la dotalité incluse, élargir sur tel ou tel point les pouvoirs de la femme, mais ils déformaient alors tout leur système qui, en fonction de l'incapacité de la femme, était bâti uniquement dans le sens de sa protection. Nous n'avons pu trouver dans la jurisprudence moderne des indices certains d'un pareil revirement et nous

1. Bonnecase, *Le féminisme et le régime dotal*.

avons constaté que si, en principe, et chaque fois que la question se pose — mais cela dès le lendemain même du Code civil — la jurisprudence ne fait rien qui puisse aggraver la situation d'incapable de la femme mariée, par contre, dans le détail et en pratique, de nombreuses solutions ont eu pour conséquence de restreindre considérablement les pouvoirs qu'une simple interprétation littérale des textes eût pu faire accorder à la femme sous les régimes de séparation de biens. Il n'est pas à notre connaissance que la jurisprudence soit revenue sur ces décisions.

§ 1. Quelques positions de la jurisprudence qui montrent qu'en principe elle a tendu à sauvegarder les quelques facultés laissées par le législateur à la femme mariée.

En empêchant d'aggraver la situation faite à la femme mariée la jurisprudence restait dans le rôle qu'elle s'était assigné de protectrice générale de la femme. Elle a d'abord admis que les règles concernant la capacité sont d'ordre public et annulé en particulier des clauses qui en interdisant à la femme de s'obliger pour le compte de son mari rétablissaient l'ancienne incapacité velléienne¹. Elle a annulé de même des clauses qui tendaient à créer pour la femme un « état permanent d'interdiction conventionnelle » en interdisant à la femme de s'obliger envers les tiers même avec l'autorisation du mari ou de justice²... « At- » tendu que les lois qui régissent l'état et la capacité des » personnes sont d'ordre public, d'où il suit qu'en dehors » des cas spécialement prévus par la loi les stipulations ou » conventions ayant pour objet de modifier ou de restreindre la capacité légale de la femme mariée sont radicalement nulles... » La jurisprudence ultérieure, constante et

1. Cass. civ., 22 décembre 1879, S. 80.1.125, arrêt Pinguet et Deboisse.

2. Arrêt Martin, Cass. req., 13 mai 1885, S. 85.1.312.

unanime, a maintenu intégralement ce point de vue, mais elle a permis cependant à la femme dotale de se réserver l'administration de ses biens dotaux et cela malgré un fort courant doctrinal contraire (Lyon-Caen, Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau...) en se basant sur ce fait que la séparation de biens en régime dotal entraînait le même résultat. Toujours dans ce sens, les tribunaux ne permettent pas à la femme séparée judiciairement d'abandonner au mari pour toute la durée du mariage l'administration ou la jouissance d'une partie de ses biens : « pareil abandon est nul comme constituant un rétablissement irrégulier du régime détruit par la séparation de biens¹ ». D'ailleurs, même en séparation de biens conventionnelle, la jurisprudence tient à ce que soit respecté le principe de l'administration libre et entière du patrimoine de la femme par elle-même. Dans l'arrêt Druard² la cour de Dijon décide que si la femme laisse au mari la jouissance de ses biens il n'en est pas pour cela un usufruitier mais un simple administrateur et mandataire révocable obligé de rendre compte à toute époque. Et le même arrêt ajoute que la stipulation d'une société d'acquêts dans un régime de séparation ne constitue pas une aliénation des revenus de la femme mais confère simplement au mari un droit sur les économies réalisées sur ces revenus.

La situation de la femme ne se trouve jamais aggravée et il n'est pas permis au mari d'exiger des sûretés pour le paiement de la part contributoire de la femme aux charges du ménage³ : « ce serait violer l'article 1536 qui donne à la femme contractuellement séparée de biens l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus ».

1. Arrêt Perez, Bordeaux, 25 mars 1848, D. 1848.2.192.

2. Arrêt Druard, Dijon, 21 avril 1869, S. 69.2.200.

3. Arrêt Guyonnet, Bordeaux, 27 avril 1831, S. 31.2.208; Riom, 5 février 1821, S. 23.2.23.

De même, appliquant à la lettre l'idée que, à la séparation de biens judiciaire, la femme ne fait que remplacer son mari dans l'administration de ses biens, la jurisprudence substitue exactement la femme dans la situation et les pouvoirs du mari sans aucune entrave possible : ainsi la femme, après séparation, peut toucher le montant de sa dot mobilière sans être tenue d'en faire emploi lorsque cette condition n'a pas été prescrite par le contrat de mariage, et cela même si le jugement de séparation l'avait soumise expressément à cette obligation¹.

En dehors de cette idée essentielle de substitution de la femme au mari, la mesure de la capacité de la femme en régime de séparation, tant judiciaire que conventionnelle, est donnée par la notion d'acte d'administration, notion laissée à l'interprétation souveraine des tribunaux qui, sur cette base, autorisent la femme notamment à faire inventaire seule d'une succession à elle échue², à transiger³ sur ses droits dotaux litigieux et à convertir en valeurs au porteur des titres nominatifs⁴.

En régime dotal tout spécialement la jurisprudence a su limiter l'incapacité de la femme et lui donner son vrai sens. Elle ramène l'incapacité de la femme dotale à l'impossibilité pour elle d'engager sa dot, mais elle admet qu'elle peut valablement contracter, en sorte que le créancier peut poursuivre en justice la reconnaissance de dette même si la femme n'a pas, actuellement, de paraphernaux. Cela revient simplement à dire que les engagements de la femme dotale sont inexécutables sur ses biens dotaux tout en restant valables au fond car la femme est « personnelle-

1. Arrêt Avenel, Paris, 14 janvier 1856, D. 56.2.144; Caen, 7 juillet 1858, D. 59.2.1. — *Id.* : arrêt de Lostanges, Cass., 21 mai 1867, S. 68.1.452. — Arrêt Raynaud de Lâge, Cass., 12 juin 1901, S. 1902.1.124.

2. Arrêt Diot, Orléans, 15 février 1893, D. 93.2.368.

3. Arrêt Rivoire, Grenoble, 20 janvier 1865, S. 65.2.240.

4. Arrêt Thouvenel, Cass., 8 février 1870, D. 70.1.336.

ment capable de s'obliger sous l'autorisation du mari¹ ». Ainsi la femme dotale n'est pas spécialement incapable et cela est tellement vrai qu'elle peut valablement s'obliger à garantir une aliénation illicite de ses biens dotaux, sa fortune paraphernale se trouvant alors engagée : il suffit que cette clause de garantie soit formelle². Elle peut également disposer librement des biens qui lui sont échus après dissolution du mariage et qui, malgré une constitution universelle de biens à venir, ne sont pas dotaux³. Enfin, malgré une constitution générale de dot, la femme peut encore valablement acquérir en son nom personnel⁴ « ... attendu » que l'immeuble appartient à celui des époux au nom duquel l'acquisition a été faite, quelle que soit l'origine des deniers employés au paiement du prix ; qu'il est interdit à la femme d'aliéner sa dot mais non d'acquérir des biens extra-dotaux... »

De cet exposé il résulte que la jurisprudence entend l'incapacité de la femme mariée tant en régime dotal qu'en régime de séparation au sens spécial d'incapacité quant aux biens ou quant à certains actes, ce qui fait que cette incapacité se présente bien plus comme une limite objective à l'activité de la femme que comme une diminution des attributs de sa personnalité qui constituerait pourtant la seule véritable incapacité. Cela explique que des actes qui excèdent cette limite ne soient pas automatiquement nuls mais seulement réductibles dans leur portée : ainsi en est-il des baux à durée illimitée passés par la femme séparée de biens ; ils ne sont pas nuls mais valables seulement pour neuf ans. Il en va de même pour tous les actes irrég-

1. Arrêt Vidier, Cass., 11 novembre 1855, S. 56.1.455.

2. Arrêt Leblanc de Castillon, Cass., 4 juin 1851, S. 51.1.465, D. 51.1.193.
— *Id.* : arrêt Cret, Grenoble, 16 janvier 1828, D. P. 28.2.241.

3. Arrêt Jourdan, Cass., 7 décembre 1842, S. 43.1.131.

4. Arrêt Parriche, Cass., 19 décembre 1871, S. 71.1.192.

guliers accomplis par la femme sur les biens dotaux dont l'effet rejaillit sur les paraphernaux et pour tous les actes sur des paraphernaux qui dépassent le cadre de l'acte d'administration : ils restent valables dans leur essence mais réductibles et limités dans leurs effets.

Ainsi donc, si la jurisprudence n'a pas cherché à développer les pouvoirs laissés à la femme, tout au moins a-t-elle distingué les limites apportées à ses droits de sa capacité elle-même qu'en principe elle n'a cessé d'affirmer et de défendre. Il est vrai qu'indirectement bien d'autres solutions ont contribué à réduire encore les pouvoirs de la femme.

§ 2. Restrictions indirectes à la capacité de la femme.

Nous ne ferons ici qu'indiquer quelques solutions essentielles qui ont eu pour conséquence indirecte d'augmenter en fait et pratiquement l'incapacité de la femme. Ce résultat a toujours été indirect en ce sens qu'il n'y a pas une jurisprudence de la capacité de la femme : les tribunaux poursuivaient un autre but qui était le plus souvent la protection de la femme et dans l'état de la législation il n'apparaissait pas de meilleur moyen de diminuer ses risques que de réduire ses attributions.

En ce sens toutes les mesures prises par la jurisprudence pour renforcer la protection dotale ont eu pour contre-coup d'interdire à la femme certains actes sur lesquels le législateur ne s'était pas prononcé : telle est par exemple la théorie de l'inaliénabilité mobilière en régime dotal qui a uniquement pour résultat de soustraire à la femme la disposition du mobilier dotal qui est pris en charge en quelque sorte par le mari ; le but poursuivi par la jurisprudence apparaît de façon évidente lorsque, la séparation de biens étant survenue, la dot mobilière échappée au pouvoir du

mari, reste cependant absolument indisponible entre les mains de la femme. Bien que, en principe, la femme séparée soit exactement substituée au mari dans l'administration de sa fortune, dans ce cas particulier la jurisprudence fait prévaloir la protection de la femme sur sa capacité et interdit à cette dernière tout acte de disposition sur sa dot mobilière même si, par stipulation spéciale du contrat, le mari avait des pouvoirs d'administration plus larges que ceux tracés par la loi¹.

Il en va de même des restrictions apportées par la jurisprudence au pouvoir de disposer de sa fortune mobilière qui est cependant formellement reconnu à la femme séparée de biens par l'article 1449 du Code civil. En réalité, cet article était directement opposé à l'article 217 du Code civil qui interdit tout acte de disposition à la femme non commune ou même séparée : du conflit de ces textes la jurisprudence a tiré une solution restrictive des droits de la femme inspirée de l'article 217 à peine mitigé. Après avoir admis la liberté absolue pour la femme d'aliéner son mobilier², puis admis seulement les modes directs d'aliénation³, elle s'est enfin arrêtée dans son dernier état et depuis la moitié du XIX^e siècle à la solution dont elle ne s'est plus départie et qui prohibe de la part de la femme toute aliénation même mobilière qui ne se justifie pas par les besoins normaux de l'administration⁴. La femme ne peut non plus s'obliger que dans cette limite de l'acte d'administration, limite d'ailleurs soumise à la souveraine appréciation des tribunaux. On le voit, l'article 1449 dans son deuxième alinéa est présenté comme une exception au

1. Arrêt Primard, Cass., 4 juillet 1881, S. 82.1.212.

2. Arrêt Cisterne, Cass., 16 mars 1813, S. 14.1.160.

3. Arrêt Desnoyers, Paris, 1^{er} juin 1824, D. 25.2.73.

4. Arrêt Salignac de Fénélon, Paris, 27 novembre 1857, D. 57.2.209. — *Id.* : arrêt Martin, 2 décembre 1885, S. 86.1.97.

principe de l'incapacité de la femme, exception dont la portée a été considérablement réduite.

Avec ce critérium d'acte d'administration quantité d'actes ont été interdits à la femme : c'est ainsi qu'elle ne peut faire aucune donation entre vifs, même mobilière¹, qu'elle ne peut acquérir des actions d'une société industrielle avec des deniers autres que ceux provenant des revenus², qu'il lui est absolument interdit de cautionner un tiers³, de compromettre et qu'il ne lui est permis d'emprunter que si les besoins de l'administration l'exigent⁴. La Cour de cassation lui a défendu également de jouer à la Bourse⁵. D'une manière générale la femme séparée de biens (*id.* la femme dotale sur ses paraphernaux) ne peut assurer seule le placement de ses capitaux bien que le placement en rente viagère ait été validé à plusieurs reprises après constatation qu'il s'était opéré dans des conditions satisfaisantes⁶. Des auteurs ont critiqué ces contradictions de la jurisprudence qui ne s'embarrasse guère de ces apparents illogismes : en réalité elle poursuit toujours son but de protection de la femme. Il lui est apparu que si un placement ordinaire s'accompagnait toujours de certains risques, par contre une rente viagère sérieuse pouvait constituer un acte de bonne administration ; il ne lui en fallait pas davantage pour rejeter le premier et admettre le second.

.

Ainsi le problème de la capacité de la femme ne s'est pas ouvertement posé à la jurisprudence qui, obsédée par son désir de protéger la femme, n'y a touché qu'indirectement

1. Arrêt Dufay, Paris, 28 juin 1851, D. P. 1852.2.23.

2. Douai, 15 mai 1882, J. G. S., Contrat mar., 708.

3. Arrêt de Salvert, Poitiers, 3 février 1858, S. 58.2.620.

4. Paris, 27 novembre 1857, D. 57.2.209.

5. Arrêt Selleron, Cass., 30 décembre 1862, S. 63.1.257.

6. Arrêt Baron, Paris, 17 mai 1834, S. 34.2.280.

et par contre-coup, le plus souvent pour restreindre ses pouvoirs : nous venons de voir qu'elle n'a pas craint d'aller directement à l'encontre des termes formels de l'article 1449. Quoi qu'il en soit, une profonde évolution s'est faite dans les mœurs fondée sur un sens plus large de l'égalité et l'idée d'émancipation économique de la femme qui a peu à peu mis en conflit le Droit positif et la psychologie moderne. Liée par les textes et aussi par son orientation traditionnelle il ne semble pas que la jurisprudence, devant cet état nouveau tout différent, ait eu le temps de réagir. Des esprits enthousiastes et généreux n'ont pas manqué de suspecter avec acrimonie les tendances conservatrices de nos grands tribunaux : nous répétons que la jurisprudence avait poussé trop loin son système de protection de la femme pour s'en départir aussi facilement, fût-ce dans l'intérêt supérieur de la femme elle-même. Elle ne pouvait y réussir qu'après un laps de temps relativement long ou bien sur d'autres bases législatives.

C'est dans ces circonstances qu'a été votée la loi du 18 février 1938¹ qui, au moins dans leur esprit, bouleverse complètement les régimes de séparation de biens. Jusqu'à cette date, toute la jurisprudence a été dressée en considération d'une femme naturellement et juridiquement faible, spécialement exposée en régime de séparation comme un être malhabile auquel, par exception, on laisse brusquement une certaine liberté; et cette situation rappelait, par certains côtés, la famille romaine où l'épouse, à l'instar des enfants (*loco filiae*) était dépouillée de toute personnalité au profit du mari. Ce régime a vécu. Sans doute, du point de vue des textes, la réforme n'est pas complète puisqu'elle ne modifie pas formellement les régimes matri-

1. Analyse par M. le Professeur Bonnecase, en supplément au *Précis de Droit civil*.

moniaux qui contribuent, pour une large part, à l'établissement du statut juridique de la femme mariée. Il n'en reste pas moins que sur la base de la loi du 18 février on peut proclamer l'autonomie économique de la femme, sa capacité entière (art. 215 nouveau) dans les régimes de séparation de biens (séparation *stricto sensu*, dotal — sur les paraphernaux — exclusif de communauté — sur la nue propriété —) et l'égalité absolue des époux. Une réforme concernant les régimes matrimoniaux viendra peut-être confirmer et compléter cet état de choses mais elle n'est pas nécessaire : nous dirons même qu'il vaudrait mieux qu'elle ne vînt pas tout de suite. Pareil renversement des principes de toute une législation ne manquera pas de soulever de délicats et nombreux problèmes qui risquent d'être méconnus ou incompris dans une œuvre parlementaire trop hâtive. Avec la loi du 18 février la jurisprudence dispose d'éléments suffisants pour adopter et redresser notre droit positif, il faut lui faire confiance et lui laisser à tout le moins le temps d'orienter les futures réformes pour éviter des bouleversements inconsidérés.

CHAPITRE III

Autres préoccupations jurisprudentielles :

INTERET DU MENAGE. — INTERET DES TIERS

Nous avons montré jusqu'ici que l'idée essentielle qui avait guidé la jurisprudence et donné un sens à ses décisions en matière de régimes de séparation de biens était l'idée de protection de la femme; cette préoccupation est très nette et souvent explicitement formulée : elle domine toute son œuvre. Cependant, comme bien l'on pense, les tribunaux ne se sont pas lancés éperdument et aveuglément dans cette voie au mépris des intérêts légitimes qui pouvaient se trouver engagés. Ils ont su ménager les uns et les autres et faire œuvre de conciliation. C'est ainsi que nous allons exposer les tendances de la jurisprudence en deux matières où elle a également affirmé avec vigueur son point de vue, nous voulons dire la sauvegarde des intérêts des tiers qui traitent avec les époux et la défense du ménage, c'est-à-dire de la famille abstraction faite des individualités qui la composent.

SECTION I.

LA PROTECTION JURISPRUDENTIELLE DU MENAGE

I. — L'un des principaux griefs que l'on a opposé et que l'on oppose encore aux régimes de séparation de biens — spécialement au régime de séparation *stricto sensu* — consiste à dire que leur structure économique est un obstacle grave à l'unité du foyer et une source permanente de conflits et de dissensions entre époux. Le reproche est sérieux et mériterait d'être pris en considération s'il n'était sans fondement. Qu'on critique leur organisation, qu'on déclare sans utilité pour la femme leurs procédures qu'on présente compliquées à souhait, ce sont là des questions de technique qui gagneraient évidemment à être révisées et mises au point (une séparation plus absolue des patrimoines semblant d'ailleurs devoir s'imposer). Mais nous ne croyons pas que l'on puisse — raisonnablement et pour l'immense majorité des situations — s'attaquer au principe lui-même et soutenir que la séparation des biens soit une source inéluctable de méfiance et de désunion entre les époux. Cette manière de voir découle sans doute du discrédit jeté par le législateur lui-même sur les régimes de séparation, qui se présentent dans le Code civil comme des régimes exceptionnels et extraordinaires par opposition aux régimes communautaires officiellement préconisés. De là à considérer comme des originaux et à suspecter de noirs desseins ceux qui persistaient, malgré tout, à vouloir soumettre leur conjoint à l'un de ces régimes... il n'y avait qu'un pas. Cette manière de voir nous paraît injustifiée : d'abord parce que, en toute objectivité et en dehors de la fausse atmosphère de défiance dont on a entouré ces régimes, la séparation organisée par le Code est beaucoup

trop lâche et beaucoup trop mitigée pour pouvoir, par elle-même, donner lieu à des conflits sérieux et, d'autre part, parce qu'une séparation des biens, fût-elle absolue, n'en est pas pour autant la négation de l'union conjugale. On a tendance, croyons-nous, en cette matière, à confondre dans l'état de mariage le mariage lui-même, ou union des personnes, et le régime matrimonial, ou statut pécuniaire des époux qui n'est que la conséquence du mariage, l'élément contingent. Pour des raisons d'élémentaire bon sens les familles ont pu chercher dans les régimes de séparation une garantie pour la dot de leurs enfants, le conjoint se présentant toujours et malgré tout comme un étranger dont on pouvait redouter, si peu probable que cela parût, autant la maladresse que la malhonnêteté. Et ces considérations pratiques ne sont pas près de disparaître... Mais aujourd'hui, comme le fait remarquer M. Savatier¹, si le régime de séparation de biens connaît un regain de faveur il semble que ce soit dû, en outre, au besoin des jeunes femmes d'assurer l'indépendance de leurs personnes, à un besoin de liberté, très légitime d'ailleurs et en harmonie avec les aspirations égalitaires de notre époque. Nous ne croyons pas cependant que l'union des époux en soit pour cela compromise. Le mariage est strictement une association de personnes à base essentiellement morale et affective : la société de biens qui en résulte peut être conçue de façon plus ou moins large ou plus ou moins étroite sans que cela réagisse sérieusement sur le lien conjugal lui-même².

La communauté de vie résultant de l'état de mariage

1. *Revue critique*, janvier-mars 1937.

2. En réalité, les régimes de séparation de biens ont le « tort » de laisser à la femme une certaine indépendance économique, tandis que sous les régimes de communauté la femme se voit enlever tous ses moyens d'existence au profit du mari. Il y a en quelque sorte annexion, mais cela ne veut pas dire union.

et du devoir de cohabitation crée une solidarité morale et même patrimoniale sur laquelle l'organisation formelle des fortunes respectives aura, en réalité, assez peu d'influence : la solidarité la plus étroite pourra vivre et subsister sans difficulté « malgré » un régime de séparation de biens. Le désaccord survenant entre époux, peut-être que l'administration indépendante des fortunes sera l'occasion d'extérioriser des malentendus ; peut-être qu'elle pourra favoriser des partis pris capricieux ; mais nous ne croyons pas qu'elle puisse être, par elle-même, et dans la majorité des cas, une source de discorde.

Ainsi, à notre avis, les régimes de séparation de biens ne font pas courir de danger sérieux à la paix du foyer et laissent subsister intégralement un fonds commun complexe constitué d'éléments psychologiques, intellectuels, affectifs, patrimoniaux... qui constituent le « ménage » : dans un ouvrage remarquable M. Carbonnier¹ a même soutenu, non sans beaucoup de vraisemblance malgré l'apparence paradoxale de la chose, qu'on pouvait retrouver les éléments d'une véritable société dans chacun des trois régimes de séparation... Il ne nous appartient pas de reprendre sa savante argumentation : nous montrerons simplement que, sous couvert de « ménage », la jurisprudence a su montrer la forte unité de l'union conjugale même dans les régimes de séparation de biens et mettre en relief la communauté d'intérêts qui est indissolublement liée à l'état de mariage.

II. — L'intérêt du ménage se trouve pris en considération dans toute l'œuvre jurisprudentielle et considérablement étendu alors que le législateur n'avait fait que prévoir le moyen de subvenir aux besoins de la vie commune.

1. *Le régime matrimonial*, thèse, 1932.

Les tribunaux n'ont pas hésité à rompre les cadres de la séparation des fortunes, lorsqu'il s'est agi de la vie du ménage menacé dans son existence par la carence de l'époux qui était normalement chargé de pourvoir à ses besoins. En principe c'est le mari qui assume cette charge et la femme ne fait que l'aider par une contribution prélevée sur ses revenus : mais la femme n'est pas une étrangère quelconque qui se libère de tout soin par le versement de sa cotisation ; la jurisprudence a depuis longtemps décidé qu'elle était personnellement tenue d'assurer la subsistance du ménage dans les cas où sa fortune personnelle le lui permettrait alors que le mari serait insolvable¹. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement puisqu'il a été reconnu expressément que la contribution aux charges repose sur l'obligation à la vie commune en régime de séparation de biens contractuelle². C'est pourquoi, si toutes clauses sont admises dans le contrat en cette matière, elles restent subordonnées dans leur application à la solvabilité constante de l'époux chargé du ménage³. Et rien ne peut faire obstacle à cette nécessité qui repose sur les deux époux d'entretenir leur ménage et leur famille ; la femme ne peut même pas se retrancher derrière la dotalité de sa fortune : « Cette obligation est tellement expresse que le fonds dotal lui-même doit périr lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens d'y satisfaire. »

Le législateur avait prévu comme possible l'aliénation du fonds dotal en des cas où la situation de la famille était particulièrement grave, pour tirer le mari de prison ou pour fournir des aliments à la famille (art. 1558). Or nous avons

1. Arrêt de Montholon, Paris, 21 avril 1830, S. 30.2.218. — *Id.* : arrêt de Miramont, Cass. req., 25 mai 1891, S. 1892.1.369. — Arrêt de Grailly, 3 juillet 1907, S. 1909.1.543.

2. 29 février 1912, S. 1913.4.7 (Cour de cass. de Belgique).

3. Arrêt Regnault, Paris, 20 mars 1850, S. 1850.2.387.

vu que la jurisprudence avait interprété très restrictivement les clauses du contrat de mariage qui autorisaient l'aliénation d'un bien dotal (art. 1557, C. civ.). Ici, au contraire, s'agissant de la famille, il est curieux de constater qu'elle s'est montrée très libérale et qu'elle a autorisé avec une facilité relativement grande l'aliénation de biens proclamés par ailleurs absolument indisponibles. Cette apparente contradiction s'explique par la conception jurisprudentielle de la dot : de l'ensemble des arrêts il ressort que la dot doit être considérée comme un petit patrimoine distinct, dont la fin dernière est la restitution intégrale à la femme, mais dont la fin immédiate est de subvenir aux besoins du ménage, *hic et nunc*¹. On comprend dès lors pourquoi, s'agissant de clauses du contrat disposées pour des facilités de gestion ou même de l'énumération de l'article 1558 concernant des cas étrangers à la famille, la jurisprudence persiste à se maintenir dans une interprétation stricte alors que la dot est plus facilement sacrifiée dans l'intérêt des enfants ou du ménage. Ainsi la notion d'aliments comprend tous les besoins usuels y compris l'éducation des enfants² et l'antériorité de la dette n'est pas un obstacle à la demande en aliénation du bien dotal³. S'agissant « d'établir » les enfants il faut entendre aussi bien leur mariage que leur installation dans une situation indépendante de celle des parents, l'aliénation pouvant d'ailleurs être consentie en faveur de petits enfants dont les parents sont vivants. L'aliénation est même possible pour fournir les deniers nécessaires à l'exploitation d'un fonds de commerce qui fait vivre la famille⁴, pour éviter la faillite de la femme commerçante ou la destitution du

1. Carbonnier, *op. cit.*, p. 211 et suiv.

2. Arrêt Domergue, Nîmes, 26 juillet 1853, D. P. 53.2.247.

3. Arrêt de Saint-Géry, Agen, 13 juillet 1849, D. P. 49.2.169.

4. Arrêt Marais, Cass. civ., 5 novembre 1855, D. P. 55.1.435. — Arrêt Housset, Cass., 2 mai 1898, D. 98.1.367.

mari officier ministériel et la question a pu se poser de savoir si l'aliénation était possible pour éteindre les dettes du mari et sauver l'honneur du nom¹; mais la Cour de cassation a refusé de pousser à ce point la solidarité conjugale et la notion d'intérêt du ménage. Par contre, devant des Cours d'appel divisées, la Cour de cassation s'est montrée très libérale pour déterminer les actes permis à la femme dotale dans l'intérêt du ménage : elle lui permet de disposer de la dot « par tous les moyens directs ou indirects licites en droit commun² », c'est-à-dire par donation, vente, hypothèque... dans l'intérêt des enfants il a même été permis à la femme dotale de renoncer au bénéfice de son hypothèque légale et de constituer sur sa dot une rente viagère³.

On le voit, la jurisprudence repousse avec insistance la fameuse image de la femme en pension chez le mari : cette situation serait des plus fausses puisque la femme peut être éventuellement chargée de tout le soin du ménage et que dans l'idée de ménage les tribunaux comprennent des intérêts très généraux communs aux deux époux. Dans l'intérêt de la société conjugale la femme peut même être autorisée à employer elle-même l'argent destiné aux charges du ménage pour éviter l'entremise du mari qui s'est révélée dangereuse⁴. Nous avons d'ailleurs vu que les revenus de la dot sont essentiellement destinés par le législateur à satisfaire aux besoins de la famille et que le fait pour le mari de les détourner de leur destination légale suffit, en régime dotal, pour motiver une demande en séparation de biens⁵. De plus, à raison de sa contribution d'un tiers, la femme n'est pas pour cela libérée de toute obliga-

1. Arrêt Reusse, Cass. civ., 27 novembre 1883, D. P. 85.1.39.

2. Arrêt Lebreton, Cass. req., 1^{er} avril 1845, S. 45.1.255, D. 45.1.197.

3. Arrêt Reydellet, Lyon, 28 avril 1875, S. 75.2.322.

4. Arrêt Lechevalier, Cass. req., 6 mai 1835, S. 35.1.415.

5. Arrêt Bernavon, Cass., 28 février 1842, S. 42.1.370.

tion à l'égard de la famille, elle ne peut prétendre s'en désintéresser. Cette proportion d'un tiers n'est pas un maximum. Interprétant largement l'article 1575 du Code civil en faveur du ménage, la jurisprudence déclare la femme tenue de contribuer aux charges communes sur tous ses paraphernaux même quand il y a des biens dotaux et que ceux-ci sont insuffisants¹ ajoutés au tiers des revenus paraphernaux.

III. — Ce n'est également que par l'intérêt du ménage que l'on peut expliquer en régime dotal certaines anomalies comme les pouvoirs du mari sur la dot mobilière. L'inaliénabilité absolue protégerait encore mieux la femme mais détournerait la dot de sa fin naturelle immédiate qui est de fournir des ressources à la famille. En décrétant la dot mobilière aliénable entre les mains du mari seulement, les tribunaux ont imaginé une solution des plus ingénieuses : la femme se trouve garantie par un recours éventuel contre le mari et, d'autre part, les meubles qui constituent la dot — par nature fongibles et consommables — peuvent être utilisés au mieux des intérêts du ménage. D'ailleurs les besoins même de la famille constituent les limites théoriques du pouvoir de disposition du mari.

Toujours dans le même ordre d'idées, c'est-à-dire par faveur pour l'association conjugale, la jurisprudence est allée jusqu'à ratifier des aliénations irrégulières de biens de la femme et à couvrir de la protection dotale, en régime dotal, les biens acquis en remploi, par application extrême de la théorie de la dot incluse. C'est l'arrêt De Bois-Lucy² qui a inauguré cette jurisprudence hardie dans une espèce où la femme avait acquis, avec le prix de vente de son

1. Arrêt Donné, Cass., 2 juillet 1851, S. 51.1.509. — Arrêt Ledant, Metz, 17 août 1858, S. 59.2.49. Ce dernier arrêt en matière de séparation de biens.

2. Cass., 1^{er} août 1900, S. 1901.1.5.

bien dotal, des meubles meublants indispensables pour les besoins de son ménage, alors que le contrat de mariage avait prévu le remploi en valeurs déterminées. Normalement l'aliénation du bien dotal aurait dû être annulée : malgré cela, la Cour de cassation n'a pas hésité à déclarer insaisissable la valeur représentée par les meubles irrégulièrement acquis, reconnaissant par là la légitimité du remploi. Ainsi le ménage passe avant tout. Dès que l'intérêt de la famille est en jeu, la femme doit pouvoir aliéner sans être gênée par des entraves disposées dans son intérêt personnel.

IV. — L'idée de communauté conjugale et d'intérêts communs apparaît encore, et avec force, pour venir limiter les droits des créanciers personnels des époux. C'est ainsi qu'en régime exclusif de communauté il a été décidé que les biens constituant la dot de la femme ne pourraient en aucune manière être soustraits à la jouissance du mari, même pour l'acquittement de dettes de la femme ayant date certaine avant le mariage. — « ... Attendu que, quel » que soit le régime auquel les époux se sont soumis, la dot » est toujours destinée à supporter les charges du mariage ; » que, par suite, le mari ne peut être tenu de s'en dessaisir » avant la dissolution¹... » Ainsi, les revenus de la dot sont affectés par le législateur aux besoins du ménage par l'intermédiaire du mari qui en est le grand responsable, mais qui, par lui-même, n'a aucune vocation personnelle à ces fruits et revenus dont il n'est que le perceuteur et le dépositaire provisoire. C'est le ménage, l'union conjugale, la famille, qui est le véritable propriétaire et destinataire. Cela est si vrai que ni les créanciers de la femme, ni les

1. Arrêt Rossignol, Montpellier, 18 juin 1840, S. 40.2.413. Cette décision est restée isolée, peut-être à raison de ses conséquences injustes pour les tiers. Elle n'en est pas moins caractéristique de l'esprit de certaines cours.

créanciers du mari ne peuvent prétendre disputer ces revenus au ménage sur lesquels ils n'ont, *a priori*, aucun droit : tout au plus les créanciers du mari peuvent-ils saisir et s'approprier ce qui reste, c'est-à-dire les économies, lorsqu'il a été, auparavant, donné satisfaction aux besoins de la vie commune. Ainsi en a-t-il été décidé par la Cour de cassation¹ ; il est vrai qu'on lui a reproché d'être inconséquente avec elle-même, le mari pouvant librement disposer de la dot mobilière en capital, presque de manière absolue, tandis qu'il ne pourrait pas disposer de la totalité des revenus de cette dot. Mais il nous semble que c'est mal interpréter la pensée de la Cour suprême : à notre avis, elle n'a nullement cherché à limiter les pouvoirs du mari puisque, par ailleurs, elle lui laisse toute latitude pour préciser les nécessités de la famille qui exigent l'emploi des revenus dotaux² : c'eût été, de sa part, le témoignage d'une bien grande naïveté. Nous croyons plutôt — et c'est bien ce que disent les arrêts — qu'elle a simplement voulu limiter les droits des créanciers personnels du mari, en réservant à ce dernier la faculté d'accorder la priorité aux fournisseurs du ménage par simple preuve des besoins de la famille. D'ailleurs, cette limite au pouvoir de saisie des créanciers affecte si peu expressément les droits de disposition du mari qu'elle joue également à l'égard des créanciers de la femme lorsqu'elle s'est réservé une quote part de ses revenus dotaux : alors encore, seul le superflu au ménage peut être saisi par eux³.

1. Arrêt Laurent, Cass. civ., 24 août 1836, S. 36.1.913. — Arrêt de Perpessac, Cass. req., 14 août 1883, S. 86.1.37. — Par suite de leur affectation, les revenus de la dot sont indisponibles et ne peuvent pas se compenser avec les dettes du mari. Arrêt Peyraud, Cass., 12 mars 1902, S. 1907.1.491.

2. Arrêt Courteix, Cass. civ., 22 juin 1926, D. 1927.1.38, S. 1926.1.343.

3. Arrêt de Gatigny, Cass., 17 mars 1856, S. 56.1.515. — Il en va de même au cas de société d'acquêts en régime de séparation de biens : les créanciers du mari n'ont droit qu'aux économies réalisées sur les revenus échus. Arrêt Druard, Dijon, 21 avril 1869, S. 69.2.200.

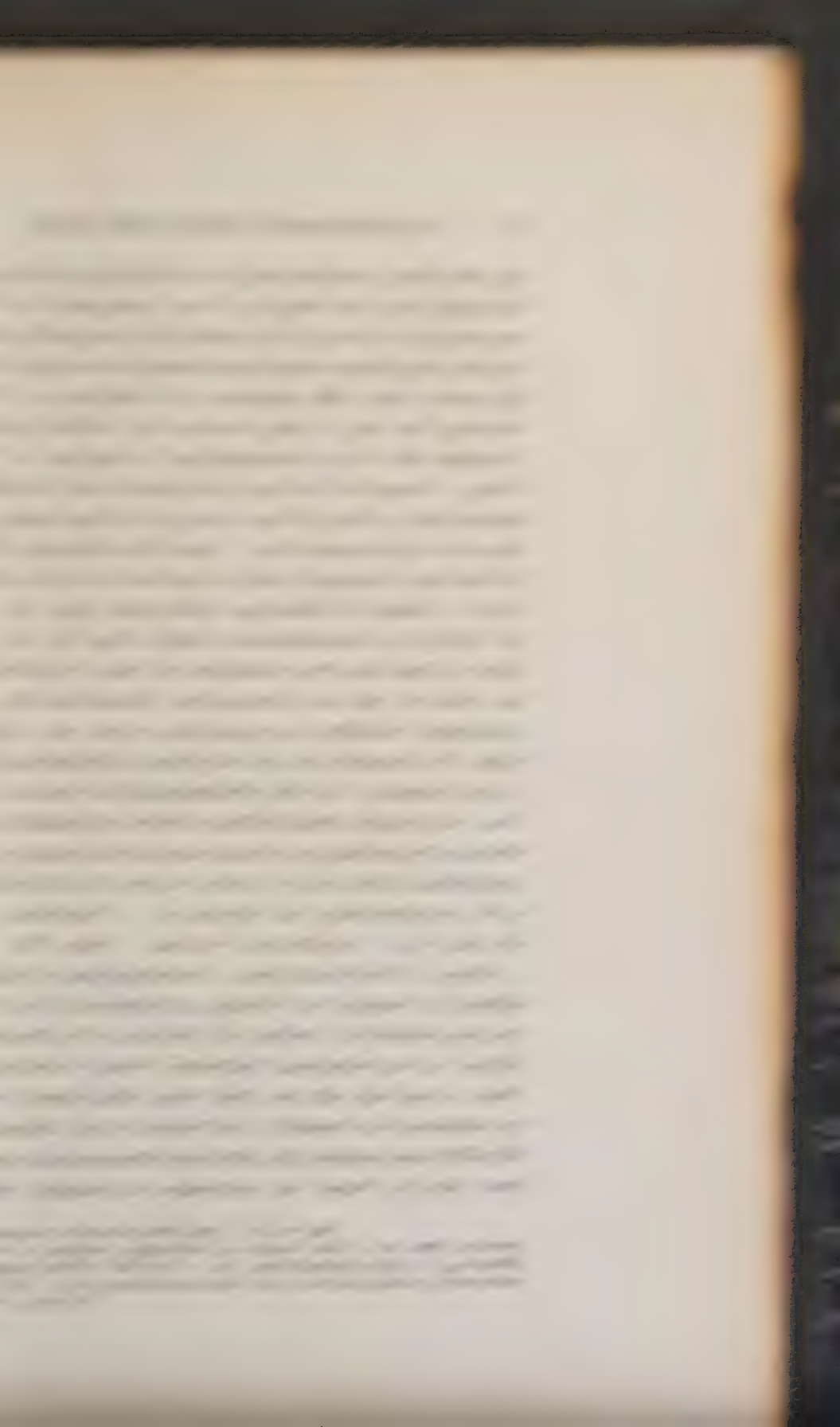
Ainsi, au cours du mariage, les besoins de la communauté conjugale sont-ils la limite déclarée intangible par la jurisprudence de la portion des revenus qui peut être saisie par les créanciers. Il n'en va pas autrement lorsque la séparation de biens en régime dotal a été prononcée et cela jusqu'à la dissolution du mariage, c'est-à-dire tant que dure la vie commune autour d'un même foyer. Jusqu'à ce moment la Cour de cassation se préoccupe de réserver à la famille le minimum nécessaire à sa subsistance, en le garantissant contre l'emprise des créanciers personnels des époux. Après la séparation de biens les créanciers du mari n'ont plus aucun droit sur les revenus dotaux, pas plus que les créanciers de la femme antérieurs à la séparation¹... « attendu qu'il ne saurait être permis à la femme encore sous l'influence du mari de compromettre les ressources que la loi réserve à la famille pour le cas où la séparation devient nécessaire... » et à l'exception toutefois du cas où il s'agirait d'une créance pour dette alimentaire : dans ce cas, le créancier, même antérieur à la séparation, peut saisir la portion des revenus qui excède les besoins du ménage². Il en va de même des créanciers personnels de la femme dont le droit est né après la séparation : des revenus dotaux de leur débitrice ils ne peuvent saisir que le superflu à la vie de la société conjugale³.

V. — En dépit de la séparation des fortunes imposée par le régime matrimonial adopté, la jurisprudence s'est donc fermement attachée à la défense du ménage qui constitue le point de contact nécessaire des intérêts pécuniaires des deux époux en face des nécessités ordinaires de la vie.

1. Arrêt Daullioules, Ch. réun. Cass., 7 juin 1864, S. 64.1.201. — *Id.* : arrêt LaFontaine, 26 décembre 1900, S. 1902.2.300.

2. Arrêt Mouillet, Pau, 25 novembre 1879, D. 81.2.112.

3. Arrêt Charpentier (point de départ de cette jurispr.), 26 février 1834, S. 34.1.176. — *Id.* : arrêt Fouyeul, Cass. civ., 6 janvier 1840, S. 40.1.134.



illustrer de façon frappante l'unité et la solidarité du couple conjugal, puisque, par elle, et au nom des besoins du ménage, chaque époux peut engager la personne de son conjoint à l'égard des tiers créanciers pour des dépenses, même d'ordre personnel, mais qu'à raison de leur caractère vital et tempéré le commensal ne peut désavouer.

Il semble que ce pouvoir de représentation des époux sous couvert du ménage ait encore été élargi ces dernières années par les tribunaux qui y ont découvert un moyen pour étendre le gage et les sûretés des créanciers alimentaires des époux. C'est à ce titre que nous allons, dès le début de la section suivante, étudier les conséquences pécuniaires tirées, par la jurisprudence, de la solidarité morale des époux en dehors des régimes de communauté.

SECTION II. — SOUCI JURISPRUDENTIEL CONSTANT DE LA SÉCURITÉ DES TIERS EN RELATIONS AVEC LES ÉPOUX

Nous avons évoqué, au cours du chapitre précédent, les mesures prises par la jurisprudence et destinées à défendre la femme contre sa propre faiblesse, la malignité d'un mari et les embûches des tiers en relations avec le ménage. Mais on ne pouvait cependant considérer tous les créanciers des époux comme des spéculateurs de mauvaise foi : il fallait au contraire considérer qu'il devait s'en trouver certains dont les intérêts légitimes risquaient d'être injustement compromis, tant par le jeu normal du régime matrimonial de ses débiteurs, que par leur malhonnête et frauduleuse collusion. Il était donc nécessaire d'admettre plus de souplesse dans le fonctionnement de ces régimes et au besoin quelques dérogations dans certains cas exceptionnels afin que l'immunité réservée à la femme ne devint pas

une cause d'insécurité générale : c'est ce qu'a fait la jurisprudence. Abandonnant définitivement la conception de l'Ancien Droit qui faisait de la protection de la femme dotale une question d'ordre public, elle n'a vu dans la dotalité, et *a fortiori* dans les règles des régimes exclusifs de communauté et de séparation de biens, que des mesures disposées dans l'intérêt personnel des femmes mariées ou de leurs familles. Le fonctionnement de ces régimes ne se présentait donc pas *a priori*, comme quelque chose d'immuable devant lequel tout doit céder : il ne constituait que le système de défense d'un intérêt privé auquel d'autres intérêts supérieurs pouvaient être préférés.

Les tribunaux ont estimé avec raison que les tiers traitant de bonne foi avec l'un des époux ne devaient pas être sacrifiés dans leurs intérêts légitimes lorsqu'il n'y avait, de leur part, ni faute ni négligence et c'est ce principe qu'ils appliquent dans tous les conflits opposant en particulier la femme à des tiers. C'est là un point de vue de stricte justice que les tribunaux ont eu le mérite de dégager et ensuite d'appliquer sans défaillance malgré le souci qui les a toujours guidés de maintenir l'intégrité de la fortune de la femme.

§ 1^{er}. Sécurité des tiers tirée de la solidarité des époux : jurisprudence en régime de séparation de biens *stricto sensu*.

De par le jeu strict des articles 1448 et 1537 du Code civil, la femme n'était tenue que de fournir au ménage une part de revenus « proportionnelle à ses facultés » et le mari était ensuite seul responsable du gouvernement de la famille, seul capable d'engager des dépenses et seul tenu à l'égard des créanciers fournisseurs. C'était là le régime de la séparation dans toute sa rigueur : il n'a pas subsisté. A

raison même de la communauté d'intérêts des époux qui est représentée par le ménage, à raison surtout de leur solidarité morale, les tribunaux n'ont pas cru pouvoir maintenir cette séparation étanche et immorale qui risquait de se retourner contre le ménage lui-même. Il eût été profondément injuste qu'un époux, la femme par exemple, bénéficiât d'avances faites au ménage par des fournisseurs confiants, pour pouvoir refuser ensuite tout paiement sous le prétexte, facile, qu'elle aurait acquitté sa part envers le mari : c'était la porte ouverte à tous les abus. Mais la jurisprudence a réagi : elle a permis à la femme de se garantir contre un mari prodigue en l'autorisant à payer elle-même de ses deniers les fournisseurs de la famille¹, puis, au cas où elle ne prendrait pas cette précaution, les tribunaux l'ont rendue personnellement responsable des dépenses engagées par le mari dans l'intérêt de la société conjugale. Ainsi en est-il pour les dépenses qui ont spécialement pour but l'entretien et l'éducation des enfants : cette charge reposant sur les époux « ensemble » (art. 203) les tribunaux ont accordé aux fournisseurs une action contre la femme, même si elle avait versé sa part contributoire et cela à raison de l'obligation alimentaire qui frappe conjointement et indivisément chacun des deux époux pris en sa qualité ou de père ou de mère². Il en va de même des frais d'entretien qui concernent personnellement les époux : la jurisprudence moderne en est arrivée à donner aux créanciers personnels de chaque époux une action même contre le conjoint. D'ailleurs divers arrêts déclarent formellement que les époux sont solidairement tenus des dettes engagées par chacun d'eux qui n'excèdent pas leur position sociale : la décision la plus ancienne rendue en ce sens semble être

1. Caen, 8 avril 1851, D. 52.2.127.

2. Cass. civ., 2 janvier 1929, D. P. 1929.1.137; *id.*, Paris, 20 mars 1850, S. 51.1.387.

l'arrêt Hope¹ au sujet d'une dépense faite par la femme dans son intérêt personnel immédiat. La dépense fut considérée comme comprise dans le cadre du ménage et les deux époux tenus de la couvrir à l'égard des tiers : la femme en sa qualité de sociétaire personnellement endettée et le mari par le jeu du mandat tacite. (En fait en tant que sociétaire également car le véritable mandat écarterait la responsabilité de la femme.)

Une fois engagée sur cette voie, ayant proclamé la solidarité des époux devant les tiers pour les dettes courantes, la jurisprudence en a fait dans les cas d'espèce toutes sortes d'applications. La femme s'est vue poursuivie pour la totalité de la dette engagée dans son intérêt, sans doute, mais sur la commande du mari². Elle a été rendue responsable des dépenses faites par elle pour les besoins généraux du ménage parce que c'était elle qui avait fait la commande, le mari ne se trouvant pas pour cela hors de cause³. Mais il semble que la solution la plus hardie ait été celle d'un arrêt récent de la Cour de cassation⁴ qui a déclaré la femme tenue des dettes passées par le mari et dans son intérêt personnel, dans la mesure où « les limites de la situation sociale des époux, n'étaient pas dépassées ». Certains n'ont pas manqué d'invoquer le mandat domestique étendu au mari pour expliquer cette décision : il nous semble plutôt qu'en dehors de toute idée de mandat il y a simplement là une application nouvelle et originale de l'idée d'unité conjugale qui se retrouve même dans les régimes de séparation de biens comme une conséquence naturelle et logique de l'état même de mariage. Il s'agissait en l'espèce d'une dette contractée par le mari envers un tailleur.

1. Cass. req., 27 janvier 1857, S. 57.1.162. — *Id.* : arrêt Worth, Paris, 17 juin 1899, D. P. 1900.2.206.

2. Arrêt Aimard, Cass. civ., 20 avril 1864, S. 64.1.503.

3. Trib. civil de la Seine, 26 décembre 1925, D. P. 1926.2.77.

4. Arrêt Sère, Cass., 31 octobre 1934, D. 35.1.73.

Cet arrêt affirme d'ailleurs, à un autre point de vue, une nouvelle jurisprudence tout en faveur des tiers : jusqu'alors le créancier était tenu de rapporter la preuve de l'insolvabilité du mari avant d'agir directement contre la femme. Cette preuve faite, diverses décisions avaient déclaré l'action contre la femme indépendante du point de savoir si elle s'était déjà acquittée de sa contribution à l'égard du mari¹, au moins pour certaines dettes. Par extension jurisprudentielle de l'article 1448 alinéa 2 à toute séparation, la femme était considérée comme personnellement tenue envers les tiers de la totalité des charges du ménage. Mais l'arrêt Sère généralise absolument ces solutions particulières et en déclarant la femme débitrice solidaire elle enlève à cette dernière tout bénéfice de discussion. Comme le constate M. Savatier², le point de vue ancien est retourné, le fournisseur du ménage n'est plus tenu de fournir la preuve de l'insolvabilité du mari, les articles 1448 et 1537 n'ont plus d'intérêt qu'au point de vue de la contribution à la dette dans les rapports des époux entre eux.

Ainsi, dans la solidarité des conjoints étendue à toutes les dettes de la vie courante qui ne dépassent pas les besoins de la vie commune, le créancier se trouve à l'abri de l'insolvabilité de l'époux qui engage la dépense : il sait que deux patrimoines étroitement unis sont tenus de lui en garantir le paiement. Sur ce point les tribunaux ont nettement fait craquer les cadres étroits de la séparation de biens et « finalement sacrifié l'ancien esprit du régime, avec la protection de la femme, aux nécessités de la vie et à la sauvegarde des créanciers³ ».

1. Paris, 20 mars 1850, D. P. 50.2.137, S. 50.2.387; Trib. civil de la Seine, 18 mars 1909, D. P. 1910.5.7.

2. D. H. 1935, p. 25.

3. Savatier, *op. cit.*

§ 2. Sécurité des tiers

tirée de la publicité des clauses particulières des régimes de séparation de biens.

Il est tout d'abord un principe d'interprétation que la jurisprudence a dégagé et strictement mis en pratique, c'est le principe d'après lequel, dans les contrats de mariage, les clauses ambiguës doivent toujours s'interpréter dans le sens le plus avantageux pour les tiers. L'arrêt *Borgnet*¹ a fait application de ce principe en matière de séparation de biens proprement dite, mais c'est surtout en régime dotal que les tribunaux se sont trouvés en présence de difficultés d'interprétation de ce genre, à raison des particularités nombreuses de la dotalité et de la gravité de leurs conséquences pour les tiers. Toutes leurs solutions sont d'ailleurs inspirées de ce même esprit favorable aux tiers et se présentent comme des conséquences logiques de cette règle d'interprétation indiquée.

Au début de notre travail nous avons indiqué que les époux étaient libres d'insérer toutes sortes de clauses dans leur contrat de mariage : la jurisprudence ne met qu'une condition à leur validité ou plutôt à leur opposabilité aux tiers, c'est qu'elles soient formulées de façon suffisamment claire et explicite. Cette réserve faite, toutes les combinaisons de clauses sont valables et en particulier une stipulation de dotalité partielle peut être faite sous tous les régimes « pourvu que l'intention soit assez clairement énoncée afin qu'aucun doute ne puisse tromper les tiers² ». De même, l'obligation d'emploi ne peut résulter que d'une stipulation formelle : une simple alternative laissée au mari ne suffit pas³.

1. Rouen, 4 juillet 1874, D. P. 76.5.134.

2. Arrêt *Yvon*, Ch. réun., 8 juin 1858, D. 58.1.233.

3. Arrêt *Largey*, Cass., 7 novembre 1854, S. 54.1.705. — Arrêt *Falcoz*, Grenoble, 21 décembre 1908, S. 1910.2.129.

Par la suite, et au cours du mariage, les tiers sont absolument garantis contre toute surprise et tenus seulement par les clauses du contrat. Le changement d'administrateur dotal, survenu par suite d'une séparation judiciaire, ne peut rejaillir défavorablement sur eux : les arrêts reconnaissent que la situation de la femme administrateur ne peut être aggravée par le juge qui prononce la séparation, spécialement par l'obligation de remploi et ils précisent expressément que même si pareille obligation était acceptée par la femme « elle ne pourrait, en tout cas, réagir sur les tiers¹ ». L'immutabilité du contrat, condition de la sécurité des tiers, est assurée par l'impossibilité d'augmenter volontairement la dot et de frapper *de plano* de dotalité des biens dont les tiers ne peuvent connaître l'origine. Ainsi la part d'acquêts recueillie à la séparation de biens par la femme dotale qui s'est constitué ses biens à venir n'est pas dotale² (dans une espèce bien entendu où une société d'acquêts avait été adjointe au régime dotal). La Cour de cassation a même décidé que la dot ne peut jamais être transformée pendant le mariage si le pacte matrimonial n'y autorise pas : de mobilière elle ne peut devenir immobilière. C'est pourquoi ne sont pas dotaux les biens du mari acquis, à la séparation de biens, par la femme adjudicataire en paiement de ses reprises³.

Enfin, dans un cas où la jurisprudence a cru devoir, par faveur pour la femme, étendre la protection dotale — nous voulons parler de la dotalité incluse — elle a soigneusement précisé que cette quasi-dotalité ne s'opposerait aux tiers que dans la mesure où ils auraient pu être avertis (il est vrai qu'elle a attendu jusqu'en 1890 pour se fixer

1. Arrêt Arnol, Cass. req., 26 juillet 1869, précité.

2. Arrêt Bourgeois, Rouen, 25 juin 1844, S. 44.2.665, confirmé par la Cour de cass., 29 juin 1847, S. 47.1.606.

3. Arrêt Sabathé, Cass. civ., 12 avril 1870, S. 70.1.185.

définitivement en ce sens) : « Il faut que l'affectation des » deniers soit constatée par un instrument opposable aux » tiers sous forme de dation en paiement ou d'achat avec » mention de l'origine des deniers¹ ». C'est toujours dans un but de publicité qu'elle exige une double déclaration concernant l'origine des deniers et le but de l'opération avant de faire bénéficier de la dotalité incluse les biens acquis avec des deniers d'origine dotale.

On le voit, qu'il s'agisse de l'interprétation des règles législatives des régimes de séparation de biens ou de la mise au point de ses propres constructions juridiques, la jurisprudence a tout fait pour que les tiers ne soient pas les victimes inaverties de dispositions trop faciles à retourner contre eux.

§ 3. — Sécurité des tiers tirée de la responsabilité de la femme dotale pour ses délits et quasi-délits.

Tout en protégeant avec soin la dotalité, la jurisprudence, dans son dernier état, a veillé à ne pas compromettre la sécurité des relations sociales et elle a évité que la femme ne fit tourner la protection qui lui était accordée en une impunité complète. Assez rapidement les tribunaux ont abandonné l'idée d'ordre public qui s'attachait dans l'Ancien Droit aux règles de la dotalité et ils ont admis que l'inaliénabilité ne saurait soustraire la femme aux conséquences de ses actes délictueux ou même quasi-délictueux. Ils ont considéré au contraire que les actes illicites de la femme, tant d'ordre pénal que civil, posaient les problèmes les plus graves concernant la liberté humaine et la responsabilité morale des individus et que ces problèmes relevaient d'un ordre public supérieur. Analysant l'esprit de

1. Arrêt Lacay, Pau, 24 janvier 1890, Cass. rej., 3 juin 1891, S. 93.1.5.

la loi, ils ont facilement découvert que la dotalité était un système de protection purement négatif qui visait essentiellement à conserver à la femme l'intégrité de sa fortune mais qui ne se proposait nullement d'assurer son enrichissement. Enfin, sur les bases de la plus stricte équité, ils ont compris qu'il n'était pas possible d'imposer, sans contrepartie, un préjudice à un tiers de bonne foi qui n'avait pu donner son consentement, qui n'avait rien fait pour le provoquer et qui ne pouvait l'éviter en se renseignant. Les premiers arrêts, quelque peu hésitants, font état de ces diverses considérations qui témoignent de l'effort des tribunaux pour affermir leur foi avant de s'orienter définitivement. Dès le début la question fut posée et des décisions admirent que la dot « n'était pas inaliénable par méfait, notamment par le fait de soustractions frauduleuses commises par la femme dans une succession bénéficiaire¹ ». Cependant la dotalité se présentait encore avec toute la puissance d'un dogme longtemps incontesté et l'on faisait valoir qu'en matière contractuelle les intérêts des tiers sont souvent sacrifiés à ceux de la dot. Ce n'est qu'en 1845 que la Cour de cassation a définitivement tranché la question de l'exception à l'inaliénabilité pour les délits et quasi-délits de la femme² dans un sens favorable aux tiers. C'était justice, car l'objection tirée de l'irresponsabilité contractuelle de la femme dotale était absolument sans valeur. En matière contractuelle les tiers sont avertis du danger qu'ils courent et auquel ils s'exposent volontairement en traitant avec une femme dotale : d'ailleurs, même s'ils ne sont pas renseignés, il y a négligence de leur part et *jura non dormientibus subveniunt*. Au contraire, lorsqu'ils sont

1. Arrêt Asselin, Rouen, 12 janvier 1822, et Cass. rej., 18 mai 1824, S. 1825. 2.163.

2. Arrêt Petit, pour frais de justice criminelle, et arrêt Cacheux, pour réparation du préjudice causé par un quasi-délit, 4 mars 1845, S. 45.1.513.

victimes d'un délit, on ne peut mettre aucune faute à leur charge et il eût été profondément immoral de les condamner à subir passivement les effets pernicieux d'un acte illícite imposé à leur volonté.

Depuis l'arrêt *Petit* la jurisprudence est heureusement fixée dans le sens de la responsabilité pécuniaire de la femme pour ses actes illicites : « ... attendu qu'une loi de protection destinée à garantir les femmes des conséquences » de leurs faiblesses relativement aux actes susceptibles de » compromettre les biens dotaux serait détournée de son » but si elle servait à les exonérer des suites de leurs faits » personnels alors que ces faits constitueraient des crimes » et des délits ou quasi-délits... que de tels faits sont restés » assujettis à la règle du droit naturel qui oblige l'auteur » quelconque d'un dommage à le réparer... » et un autre arrêt ajoute en confirmant ce point de vue : « la réparation » qui est commandée par l'article 1382 a sa source dans le » droit naturel lui-même et constitue pour l'ordre social » une sauvegarde dont le respect importe bien davantage » que la conservation aux mains de la femme ou de ses » enfants de la fortune qui a été stipulée dotale... » C'est bien là la synthèse de l'esprit des tribunaux en la matière : pour eux la question se ramène à une hiérarchisation des intérêts en présence. Malgré la gravité et le caractère illícite de l'acte accompli par la femme, les tribunaux n'ont pas osé la dépouiller pour cela même de la protection dotale : ils ont simplement reconnu que dès ce moment les intérêts des tiers lésés devaient être pris en considération au détriment des biens dotaux. Cela explique que les tribunaux aient pris soin, malgré tout, de sauvegarder la dot dans la mesure du possible en ne faisant cesser l'insaisissabilité que pour des fautes de la femme rigoureusement extra-contractuelles, le délit de la femme n'étant retenu dans la conclusion d'un contrat que si sa mauvaise foi peut

être établie par le tiers lésé. Quant aux manœuvres illicites de la femme dans l'exécution d'un contrat, elles ne peuvent engager que sa responsabilité contractuelle et sont donc inexécutables sur les biens dotaux.

Ainsi la jurisprudence n'a admis l'action des tiers contre les biens dotaux que dans les cas où ces tiers ont été compromis par des agissements de la femme qu'il leur était impossible de prévoir (conclusion de contrat si la mauvaise foi de la femme est prouvée) ou qui leur ont été imposés — en dehors de tout contrat — par un acte de violence de la femme. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'acte dolosif de la femme tombe sous le coup de la loi pénale : un délit civil suffit à engager sa responsabilité¹ comme suffit également une faute grave qui — sans intention de nuire — a porté préjudice à un tiers² : une femme commerçante qui en omettant de publier son contrat de mariage adoptant le régime dotal a laissé croire à des tiers qu'elle répondait de ses obligations sur tous ses biens commet un quasi-délit qui fait cesser l'inaliénabilité de sa dot mobilière dans l'intérêt de ses cocontractants frustrés.

Cette jurisprudence veille donc à ce que la femme ne profite pas des garanties qui lui sont accordées pour surprendre irrésistiblement la bonne foi des tiers ; comme disait l'avocat général Rouland³ qui la soutenait dans ses conclusions : « elle est simplement l'expression de la justice et du droit ».

§ 4. — Solutions diverses qui témoignent de l'intérêt porté par la jurisprudence aux tiers en relations avec la femme.

Pas plus que les créanciers de la femme à raison de ses délits, d'autres individus n'étaient responsables de la situa-

1. Arrêt B. c. C., Lyon, 19 mai 1886, S. 88.2.134.

2. Arrêt Russeil, Cass., 27 février 1883, S. 84.1.185.

3. Cass., 23 novembre 1852, S. 52.1.769, note Carette.

tion qui les mettait en rapport avec la femme dont la protection dotale rendait leurs intérêts des plus précaires. Ainsi en allait-il des créanciers antérieurs au mariage qui avaient traité avec une femme pleinement capable et pleinement responsable sur tous ses biens : le mariage de leur débitrice allait-il avoir pour conséquence de les priver de leur gage légitime ? C'eût été parfaitement injuste et le législateur lui-même a voulu éviter pareille conséquence (art. 1558, 3^o) en autorisant la vente en justice du bien grevé et devenu dotal. Sur ce point les tribunaux n'ont fait qu'interpréter la loi et ils l'ont fait avec un libéralisme favorable aux créanciers tant de la femme que du constituant de dot : ils ont simplement exigé que la créance ait date certaine avant le contrat de mariage sans qu'elle soit constatée dans un acte authentique et à cette seule condition ils ont autorisé la saisie en pleine propriété¹.

Pour les mêmes motifs la jurisprudence a étendu cette solution à des situations analogues : jamais un créancier ayant un droit acquis sur un bien ne peut se voir privé de son gage par l'entrée de ce bien dans un patrimoine dotal. Ainsi en est-il pour les créanciers des successions échues à la femme au cours du mariage malgré une constitution de dot sur tous biens à venir : leurs créances sont toujours poursuivables sur la succession sans qu'ils aient à demander la séparation des patrimoines² et ce point de vue a paru si naturel que des arrêts ont permis à la femme d'aliéner sans autorisation pour payer les créanciers de la succession³. De même lorsque la femme acquiert, pendant son mariage, des immeubles dotaux déjà frappés d'un privilège : la naissance de la créance privilégiée se plaçant avant

1. Arrêt Boyer, Montpellier, 6 mars 1844, S. 45.2.11.

2. V. Labbé, note S. 81.2.1.

3. Arrêt Chennevière, Rouen, 19 août 1852, D. 52.2.247. — *Id.*, Caen, 19 juin 1852, D. 56.2.187.

la dotalité, cette dernière n'est pas opposable au privilège. C'est ce que la jurisprudence a décidé en faveur du copartageant, du constructeur, du vendeur¹...

En matière de remploi, les tribunaux ont encore su assouplir la réglementation afin d'épargner aux tiers des conditions trop lourdes ou foncièrement injustes : ils ont admis d'abord la validité des clauses exonérant les tiers de toute responsabilité en matière de remploi²; ils ont permis à l'acquéreur de retenir le prix tant qu'on ne lui justifie pas d'un remploi utile³ et l'ont même déchargé de toute responsabilité lorsqu'il y a impossibilité pour lui de surveiller l'emploi⁴. De plus, lorsque, évincé, l'acquéreur a été amené à payer deux fois, il est subrogé dans l'hypothèque légale de la femme qui lui garantit son recours contre le mari⁵.

Toujours pour des raisons de sécurité publique et dans l'intérêt des tiers, la jurisprudence a obligé la femme à invoquer la nullité de la saisie de son immeuble dotal dans les délais impartis par le Code de procédure (art. 728-729) à peine de déchéance de son recours et d'expropriation définitive⁶... et elle a de même fait céder la règle de l'inaliénabilité et l'intérêt privé de la femme devant ces nécessités sociales que sont les servitudes légales⁷.

Bien d'autres décisions ont tendu à atténuer pour les tiers la rigueur des règles dotales : en dépit de l'irrégularité de l'aliénation ou de l'hypothèque, le tiers acquéreur a pu exiger le maintien de son achat si toutes les apparences faisaient croire à la régularité de par la connivence des époux,⁸ et lorsque le but de la dot est rempli, lorsque ses

1. Arrêt Mauras, Cass., 14 juin 1881, S. 82.1.97.

2. Arrêt Joyeux, Bordeaux, 21 avril 1888, S. 90.2.154.

3. Arrêt Verdery, Bordeaux, 1^{er} décembre 1847, S. 48.2.384.

4. Arrêt Marais, Cass., 5 novembre 1855, S. 56.1.204.

5. Arrêt Letel, Cass., 3 décembre 1888, S. 89.1.121.

6. Arrêt Alléaud, Cass., 9 mars 1870, S. 70.1.285.

7. Arrêt Lizan, Cass., 20 janvier 1847, S. 47.1.129 (servitude de passage).

8. Arrêt Serize, Cass., 14 mars 1847, S. 47.1.576.

caractères essentiels ont disparu, aussitôt la jurisprudence s'inquiète des créanciers jusque-là contenus par les règles de la dotalité : si l'immeuble dotal vient à être vendu par les héritiers de la femme, les créanciers nés au cours du mariage ont droit sur le prix, car les immunités établies dans l'intérêt de la famille ne peuvent être étendues au prix des immeubles dotaux ; « ce serait substituer à un privilège exorbitant un privilège nouveau¹... »

Bien que la dotalité ne soit pas établie pour eux, la jurisprudence a même permis à des tiers de s'en prévaloir et en particulier à un acquéreur régulier de bien dotal de se maintenir en possession en invoquant les irrégularités d'une aliénation antérieure non encore valablement confirmée par la femme².

.

Ainsi, sans se départir de son système de protection de la femme, la jurisprudence s'est efforcée d'en atténuer le caractère exorbitant et d'épargner aux tiers des rigueurs inutiles pour la femme ou d'une injustice par trop flagrante. Elle a contribué par là à renforcer le caractère défensif des régimes de séparation de biens tout en évitant qu'ils ne soient une cause de trouble et d'insécurité économique.

1. Paris, 9 juin 1856, S. 56.2.330.

2. Arrêt Bourgis, Cass., 6 juillet 1909, S. 1911.1.161.

CONCLUSION

Intérêt de la femme, intérêt du ménage, intérêt des tiers, telles sont les grandes idées autour desquelles ont gravité les solutions jurisprudentielles en matière de régimes de séparation de biens.

I. — La protection de la femme apparaît, de loin, comme la préoccupation essentielle des tribunaux, celle qui leur a donné le plus d'occasions de se prononcer et celle qui leur a inspiré les constructions les plus hardies. Au premier abord on pourrait être surpris de cette prédilection si marquée et se demander si nos tribunaux, au fond, n'ont pas été dans la voie du féminisme des précurseurs méconnus. Mais il n'en est rien : en premier lieu parce que l'idée de féminisme implique nécessairement l'émancipation de la femme sur tous les domaines, pour la placer sur un pied d'égalité avec l'homme : or nous avons montré que la jurisprudence n'avait rien fait dans ce sens et que si elle avait évité de prendre une position de principe sur ce point, par contre, indirectement et sur le terrain des faits, son œuvre aboutissait plutôt à réduire encore les maigres prérogatives de la femme mariée.

De plus, même si les tribunaux ont pris grand soin d'assurer la défense aussi complète que possible des intérêts de la femme, ce n'est pas par un engouement accidentel inspiré d'opportunisme ou de sentimentalité. Ils sont restés strictement dans leur rôle d'interprète et l'ampleur de leur action n'a d'autre cause que la gravité des lacunes corres-

pondantes qu'ils se sont efforcés de combler dans l'œuvre législative. Comme l'a dit excellemment M. Bonnecase¹ en précisant le rôle de l'interprète : « toute loi a une portée essentiellement limitée et objective qui se détermine à l'aide, d'une part, de la formule littérale du texte et, d'autre part, du but social poursuivi lors de l'élaboration de la loi interprétée ». Or, en 1804, le but très net des régimes de séparation de biens était, non pas d'assurer à la femme une certaine indépendance, mais bien de soustraire sa fortune au pouvoir absolu du mari : ce dernier résultat était leur raison d'être historique et le motif de leur succès auprès de certaines populations ; c'est encore dans cet esprit qu'ils furent admis, à regret, par le législateur. Tout naturellement, et par tradition, quelques prérogatives enlevées au mari furent attribuées à la femme ; mais, encore une fois, ce n'était là qu'un moyen destiné à assurer la protection des dots. C'est bien ce qu'a compris la jurisprudence qui s'est par dessus tout attachée à la sauvegarde des intérêts de la femme, au détriment parfois de sa capacité, puisqu'il a longtemps été de croyance commune que seule une « heureuse impuissance » pouvait efficacement défendre la femme contre sa faiblesse naturelle. Voilà pourquoi nous pouvons dire que l'œuvre pro-féministe que nous avons exposée de la jurisprudence a été simplement et normalement conçue en fonction du but social des régimes de séparation de biens.

II. — Les tribunaux se sont également préoccupés de l'intérêt des tiers, à titre purement négatif d'ailleurs ou défensif, s'inspirant en cela des notions générales d'équité et d'ordre naturel qui restent la base et la condition de toute œuvre de droit : au lendemain du Code, sans doute troublés par la survivance de certaines formules de l'An-

1. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, t. I, 2^e édit., n° 92.

cien Droit qui n'allaient pas sans mettre quelque confusion dans la notion d'ordre public, ils avaient hésité un moment, sacrifiant sans raison des tiers de bonne foi. Mais ils se sont vite ressaisis et n'ont pas admis, en principe, qu'un individu à qui aucune faute n'était reprochée pût être inquiété.

III. — Il nous semble cependant que la partie de l'œuvre jurisprudentielle la plus intéressante et la plus originale est celle qui concerne le ménage, c'est-à-dire la communauté — tant matérielle que morale — qui existe entre les époux, même dans un régime de séparation de biens. Il est en effet extrêmement curieux de constater qu'il y a là une sorte de réaction jurisprudentielle — particulièrement nette dans la jurisprudence la plus récente — contre les tendances individualistes modernes qui, à raison de leur intransigeance, semblent s'accompagner nécessairement d'un caractère anti-familial. En dépit de ce mouvement d'idées, nos tribunaux n'ont cessé d'affirmer — quel qu'ait été le régime matrimonial adopté — l'existence certaine et nécessaire d'une société d'intérêts s'étendant à tous les besoins de la vie de famille et d'une solidarité étroite de la personne des époux, se traduisant pour les créanciers du ménage par un recours cumulatif contre les deux conjoints. Sans doute, sur ce point particulier, leur œuvre n'a point l'ampleur atteinte par exemple lorsqu'il s'est agi de défendre la femme, mais en notre matière elle est d'origine relativement récente et cependant assez nettement affirmée pour donner un démenti formel aux détracteurs des régimes de séparation de biens, qui affectent de voir dans ces derniers la négation de l'idée de famille.

En résumé, inspirée de l'idée de protection de la femme, de protection du ménage ou de protection des tiers, l'œuvre de la jurisprudence a été très heureuse dans son ense-

ble puisqu'elle a maintenu pour la femme les avantages résultant de la séparation des fortunes tout en atténuant fortement les plus gros inconvénients de ces régimes.

IV. — On nous reprochera peut-être notre systématisation un peu poussée et des vues un peu simplistes alors surtout que bon nombre de solutions jurisprudentielles, sur tel ou tel point particulier, ont pu faire l'objet de critiques à peu près unanimes : nous n'en maintenons pas moins notre point de vue. En réalité nous serons surtout en butte avec certaines conceptions doctrinales qui se préoccupent beaucoup trop, à notre avis, des questions de technique et croient, devant chaque problème, devoir s'embarasser d'explications dites scientifiques. Alors qu'à notre avis le Droit est une science essentiellement pratique, et nous dirons presque expérimentale, certains théoriciens, plus ou moins inconsciemment, en font trop facilement une science de l'esprit qu'ils érigent tantôt en chapitre de Morale, tantôt en chapitre de Logique avec des règles, des principes, des déductions... Certes, nous ne cherchons pas à nier l'élément rationnel qui fait partie intégrante du Droit : il existe bien une notion de droit, comme il existe une notion de vrai, de beau, de bien... Mais cette notion d'équité n'est qu'une base très étroite, un concept abstrait et immuable qui ne s'anime que par le jeu des constructions des hommes pour le réaliser dans le milieu social perpétuellement mouvant. Le tort de certains théoriciens du droit est, à notre avis, d'attacher trop d'importance à ces procédés de réalisation qui n'ont d'intérêt et de raison d'être que dans la mesure de leur utilité : ce sont uniquement des moyens et il y a interversion de l'ordre naturel et logique des choses lorsqu'on dresse ces constructions érigées en principe à côté de la réalité sociale ou même contre elle. C'est cependant ce que l'on fait lorsqu'on critique l'œuvre

jurisprudentielle sous le vain prétexte qu'on ne peut l'expliquer par les idées de cause, de propriété, de capacité ou d'indisponibilité... Aux yeux du théoricien désespéré les illogismes s'accroissent et les entorses à la loi les plus fâcheuses se multiplient; les tribunaux en effet se soucient somme toute assez peu des explications strictement « juridiques » et ils poursuivent leur rôle d'équité, basé sur des considérations d'utilité pratique, au delà des termes de la loi et au besoin contre eux : c'est dire que leur technique est simplement dictée par le but qu'ils se sont assigné.

Le juriste qui évitera de se placer dans les vues des tribunaux ne comprendra rien à leur œuvre et l'attitude de la jurisprudence en matière d'inaliénabilité dotale par exemple — inaliénabilité tantôt renforcée tantôt assouplie — restera pour lui une énigme inexplicable, tout comme la restriction inattendue des pouvoirs de la femme séparée de biens, contrairement aux termes formels de l'article 1449 al. 2.

Quoi qu'il en soit, en dépit de certaines hésitations et de quelques solutions de détail qui peuvent être discutées, la jurisprudence, en notre matière, a fait preuve d'une remarquable unité de vues confirmée encore par ses apparentes contradictions, qui témoignent de son souci de réaliser, dans l'équité, le but social des institutions dont elle a la garde, tant dans son œuvre d'interprétation pure que de suppléance à la loi.

V. — A vrai dire, avec le temps, les mœurs ont subi une profonde évolution en ce qui concerne les capacités et les droits de la femme et le résultat de cette évolution a été d'amener insensiblement un renversement total dans l'ordre des valeurs qui avaient autrefois fait admettre les régimes de séparation de biens. Dans l'Ancien Droit et pendant presque tout le XIX^e siècle, ce qui était recherché par les

familles des épouses, ce qui constituait la raison déterminante de leur choix et qui faisait l'intérêt essentiel de ces régimes, c'était la sauvegarde relative qui était assurée à leur fortune par la mise à l'écart du mari. Aujourd'hui, au contraire, sous l'effet de cette curieuse évolution, la plupart des jeunes femmes qui adoptent un régime de séparation cherchent à s'assurer le maximum d'indépendance en bénéficiant des quelques prérogatives que le législateur et la jurisprudence ont bien voulu laisser à la femme mariée séparée de biens. Aussi, au résultat de ce revirement, les minutieuses constructions jurisprudentielles destinées à protéger la dot et dressées par les tribunaux en parfaite conformité avec le but social entrevu par le législateur, ne sont plus qu'un aspect tout à fait contingent et secondaire dont le réseau compliqué paralyse l'effort d'émancipation de la femme moderne.

Sans rencontrer aucune forme d'opposition la jurisprudence avait peu à peu été amenée, sur certains points, à réduire les pouvoirs de la femme, son incapacité apparaissant dans le système général du Code comme un facteur essentiel de sa sécurité économique. Mais aujourd'hui cette conception jurisprudentielle et législative a perdu tout intérêt social, elle est fautive parce qu'elle ne répond plus aux vœux de l'ensemble des individus.

VI. — Au vu de cette évolution il appartenait aux tribunaux de reprendre leur système pour adapter à nouveau, par une technique appropriée tendant à élargir la capacité des femmes, les institutions matrimoniales aux mœurs modernes. Ils ne l'ont pas fait. Le pouvaient-ils ? Nous ne le pensons pas. En tout cas, on ne saurait leur faire un grief sérieux de n'avoir pas aussitôt donné dans ce sens : les bases législatives dont ils disposaient étaient vraiment trop étroites pour leur permettre d'étendre sensiblement

les pouvoirs de la femme et d'autre part il leur répugnait de revenir sur une jurisprudence traditionnelle uniquement à raison d'un mouvement d'idées encore imprécis dans ses contours.

Pour rompre si brusquement avec le passé il fallait que le législateur intervînt et donnât le signal d'une nouvelle orientation. Effectivement il est intervenu à plusieurs reprises, en des points particuliers (lois relatives à l'épargne, loi du 6 février 1893 et surtout loi du 13 juillet 1907), mais il n'apparaît pas que les tribunaux aient profité de ces occasions qui leur étaient offertes et qui, avec un peu de hardiesse, auraient pu leur fournir prétexte à quelques innovations.

Devant leur impassibilité et le mouvement féministe se généralisant, il n'a plus fallu espérer qu'en une refonte directe et complète par le législateur du statut matrimonial de la femme pour donner à cette dernière la liberté pour sa personne et pour ses biens que, depuis longtemps, on ne lui contestait plus : la loi du 18 février 1938 vient de franchir cette étape décisive.

La loi du 18 février 1938¹.

VII. — Depuis longtemps déjà le projet de réforme était à l'étude et la réforme elle-même apparaissait comme imminente : on a dit cependant que la loi du 18 février 1938 avait un caractère nettement révolutionnaire et, de fait, il est incontestable qu'elle change du tout au tout l'esprit du droit de famille tant personnel que patrimonial. Un bouleversement complet a été opéré dans les textes législatifs renversant tous les principes d'interprétation en la

1. V. Bonnecase, *Mariage et Régimes matrimoniaux*, 1938; — Esmein, *La Semaine juridique*, 20 mars 1938; — Julliot de La Morandière, D. H., 24 mars 1938, p. 25 et suiv.

matière; mais cette révolution législative n'avait pas d'autre but que de mettre fin à un anachronisme choquant et d'accorder un système vieilli à un état social évolué : la révolution s'était faite depuis longtemps dans les mœurs, il était nécessaire de rétablir l'harmonie troublée par une adaptation de la loi qui lui rendît son utilité sociale. A la vérité, cette mise au point n'est encore, après la loi, que très incomplète : aux termes mêmes des textes nouveaux elle apparaît comme toute théorique, tranchant à peu près exclusivement une question de principes. En effet, du point de vue formel et à la lettre des textes, les régimes matrimoniaux n'ont pas été retouchés bien qu'ils constituent l'application directe vraiment intéressante des principes modifiés et leur traduction immédiate dans le domaine de la pratique. Par le fait même, la portée de la loi nouvelle est floue et imprécise. Il en résulte que cette réforme d'intérêt essentiel, très nette dans son esprit et ses tendances, n'a pu qu'être élaborée, et se trouve à l'heure actuelle commentée, au milieu d'une grande incertitude, quant aux résultats pratiques à en attendre.

VIII. — Il ne fait pas de doute que la nécessité de rendre à la femme son entière capacité n'ait apparu aux yeux de tous : cela ressort des débats qui ont eu lieu au Sénat et aucun orateur n'a formulé de réserves sur le principe lui-même. Mais les divergences ont commencé à se faire jour lorsqu'il s'est agi de préciser tant soit peu les résultats pratiques de la capacité de l'épouse : les débats provoqués par l'amendement de M. Pernot relatif au titre de chef de famille du mari en sont la preuve. Dans l'esprit de leur auteur, ces termes, « chef de famille », impliquaient seulement la reconnaissance au mari d'un pouvoir moral de direction qui ne rappelait en rien le devoir d'obéissance aboli : c'est d'ailleurs dans cette compréhension qu'ils

ont été approuvés par la majorité de l'assemblée. En réalité cette remarque n'était que le signe timide des préoccupations, d'ailleurs avouées, d'esprits pratiques désireux avant toute chose de conserver l'unité familiale. M. Renoult, et bien d'autres après lui, n'ont pas manqué de proclamer que la loi n'avait d'autre but que de reconnaître à la femme, dans notre Droit, l'égalité qu'elle avait conquise dans les mœurs modernes. Or la société conjugale ne se compose que de deux éléments directeurs : qu'on les déclare égaux, qu'on supprime le devoir d'obéissance de l'un envers l'autre et c'est l'anarchie. C'est ce qu'a voulu éviter M. Pernot en affirmant l'autorité morale du mari au nom des traditions de la famille française.

La portée de sa remarque et de son amendement n'est pas d'ailleurs passée inaperçue et elle a été dénoncée comme une manœuvre propre à tempérer indirectement l'essentiel de la réforme¹. Il est certain en effet que si cette autorité morale du mari n'était pas sanctionnée, son affirmation dans un texte légal n'était d'aucune utilité; par contre si elle devait être garantie, elle ramenait à l'état antérieur de subordination qu'il s'agissait précisément de supprimer...

Ainsi nos honorables législateurs se sont en quelque sorte trouvés engagés dans une impasse; il fallait choisir : ou bien l'émancipation complète de l'épouse, ou bien une certaine suprématie du mari pour assurer la direction du ménage. La nécessité d'un élément d'union familiale n'a échappé à personne : les opposants à l'amendement de M. Pernot ont cru le trouver dans l'affection réciproque des époux, oubliant qu'en la matière il s'agissait précisément de prévoir le cas où l'amour conjugal serait défaillant... La majorité de l'assemblée a cependant tenu à

1. V. intervention de M. Bachelet.

reconnaître la prééminence du mari au titre très restreint d'autorité morale. Cette réserve pourra peut-être servir à refréner des ardeurs féministes outrancières, mais elle peut aussi fournir prétexte aux interprétations les plus diverses.

IX. — Quoi qu'il en soit, et sous réserve de ces termes de « chef du ménage » qui révèlent les appréhensions, sinon les inquiétudes du législateur, l'unanimité s'est faite sur la question théorique de la capacité de la femme; en conséquence, une foule de textes ont été remaniés et mis à jour soit par abrogation pure et simple, soit par substitution de formules nouvelles d'où toute évocation de l'ancienne *capitis diminutio* a été soigneusement bannie.

Donc, au résultat de cette réforme, la femme mariée a été déliée de tout devoir d'obéissance et elle a recouvré sa pleine indépendance pour sa vie personnelle : le mari n'exerce plus aucun contrôle direct, c'est dire que la puissance maritale a vécu¹. A titre de chef de famille le mari ne conserve que le droit de choisir la résidence du ménage, la puissance paternelle sur les enfants, et le droit d'interdire à la femme l'exercice d'une profession... sous réserve d'appel devant le tribunal, au cas d'abus, ce qui fait du juge le véritable arbitre des désaccords familiaux et, au fond, le véritable chef du ménage.

Nous avons déjà indiqué que, provisoirement du moins, les régimes matrimoniaux n'avaient pas été modifiés, mais cela ne veut point dire que rien n'est changé dans leur fonctionnement. Au contraire, toute la réglementation qui reposait sur l'incapacité de la femme est anéantie et il

1. Certains ont cru pouvoir affirmer la survivance de la puissance maritale à l'incapacité de la femme. Mais en réalité, entre les deux époux, toute suprématie de l'un implique nécessairement diminution des droits de l'autre.

est hors de doute que les tribunaux n'hésiteront pas à autoriser l'aliénation, par la femme seule, de tous ses biens paraphernaux qui ne sont soumis ni à l'administration ni à la jouissance du mari. Dans le silence de la loi, les difficultés d'interprétation vont se multiplier pour le juge et se reproduire à propos de chaque espèce tout au moins tant que des positions de principe n'auront pas été prises pour orienter la nouvelle jurisprudence. Mais il semble dès maintenant que deux idées directrices, qui se dégagent d'ailleurs nettement des travaux préparatoires, vont pouvoir inspirer à nouveau les tribunaux dans leur œuvre délicate de prospection, nous voulons dire : la tendance à l'égalité parfaite des époux, subordonnée toutefois aux nécessités de la vie de famille.

.

X. — Sans oser revendiquer l'honneur d'avoir, sans doute un des derniers, évoqué en cette matière l'esprit de la jurisprudence, nous croyons cependant que la loi du 18 février 1938 a clos définitivement et définitivement fixé l'effort de construction des tribunaux développé sur plus d'un siècle d'expérience. Jusqu'à elle, tout le droit de famille et en particulier des régimes matrimoniaux, était conçu et organisé sur la base de l'incapacité de la femme qui expliquait toute leur réglementation. En accordant à la femme son entière capacité, la loi du 18 février ne peut qu'être le point de départ d'une jurisprudence nouvelle qui s'efforcera, sur des objectifs nouveaux, d'assurer l'harmonieux équilibre des valeurs en fonction d'une invariable notion de droit.

Sans doute, il n'y a point lieu ici de s'attendrir sur un passé révolu pas plus que de célébrer avec lyrisme l'aube de cette nouvelle conquête féministe. Constatons plutôt

devant ce revirement radical de législation dont nous sommes les témoins, que le Droit est bien vivant comme l'homme au sein du milieu social et que la loi, si elle le fixe pour un temps, ne peut jamais prétendre l'arrêter dans sa nécessaire et perpétuelle adaptation.

Vu :
Le Doyen,
A. FERRADOU.

Vu, bon à imprimer :
Le Président de thèse,
J. BONNECASE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 19 mai 1938.
Le Recteur de l'Académie,
A. TERRACHER

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5^e éd., t. VIII.
- BAILLON — *L'œuvre de la jurisprudence en matière de régime dotal*, thèse, Bordeaux, 1926.
- BENOIT. — *Traité de la dot*, Paris, 1868.
- BONNECASE. — *Le féminisme et le régime dotal*, thèse Toulouse, 1905.
- *La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique*, 1911.
- *Modification indirecte du régime de la communauté entre époux par la législation récente*, 1911.
- *Traité théorique et pratique de droit civil français*, par Baudry-Lacantinerie. *Supplément*, t. III, 1926.
- *Précis de droit civil*, t. III, 1935.
- *Mariage et régimes matrimoniaux*, 1938.
- CAPITANT. — *Précis de droit civil*, t. III.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 1934.
- CARBONNIER. — *Le régime matrimonial*, thèse, Bordeaux, 1932.
- COLLIN (J.). — *Etude sur la jurisprudence dotale en France au XIX^e siècle*, thèse, Paris, 1904.
- COROI (J.). — *Jurisprudence relative à la dot mobilière*, thèse, Paris, 1920.
- ESMEIN. — « La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée », *Sem. Jur.*, 20 mars 1938.
- EYQUEM. — *Le régime dotal. Son histoire, son évolution et ses transformations au XIX^e siècle sous l'influence de la jurisprudence et du notariat*, Paris, 1903.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Paris, 1827.
- GINOULHIAC. — *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, Paris, 1842.
- GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*, t. IV, Paris, 1885-1888.

- GARRIGUES (E). — *De la séparation de biens envisagée comme régime matrimonial légal*, thèse, Lyon, 1909.
- JÈZE (G.). — « De l'utilité des études théoriques de jurisprudence », *Revue de Droit public*, 1914, p. 312 et suiv.
- LECOMTE. — « Le mandat domestique de la femme mariée », *Revue Critique*, 1937 (juillet-octobre, avril-juin).
- MAGNOL. — *Etude sur les effets de la séparation de biens sous le régime dotal*, thèse, Toulouse, 1899.
- MARGAT. — *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, Paris, 1913.
- MARCOTTY. — *Etude sur la séparation de biens*, Bruxelles, 1894.
- MAURANDI. — *Recherches sur le problème de l'administration des biens de la femme mariée*, thèse, Montpellier, 1937.
- MOISSINAC. — *Essai sur la séparation de biens contractuelle*, thèse, Paris, 1920.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, 1935.
— *Traité de Droit civil* (Nast), t. IX : Les régimes matrimoniaux.
- REGNAULT. — *Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation des valeurs dotales par des parapherneaux*, 1 vol., Paris, 1895.
- ROUSSILHE. — *Traité de la dot*, Clermont-Ferrand, 1785.
- SAVATIER. — « Des inconvénients du régime de séparation de biens », *D. H.*, 1929, p. 21.
— « L'action des créanciers sur les époux séparés de biens », *D. H.*, 1935, p. 25.
- THIBAUT. — *De la séparation de biens sous le régime dotal*, thèse, Paris, 1891.
- TOULLIER. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, t. XIV, 4^e édit., Paris, 1831.
- VALETTE. — « Femme mariée Incapacité contractuelle », *Mélanges de Droit*, t. I, p. 513, Paris, 1880.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE

De Villeneuve.

Dalloz. — Répertoire méthodique et alphabétique.

Sirey. — Recueil général des lois et des arrêts.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction.	1
Chapitre préliminaire. — Les régimes de séparation de biens : — avant le Code civil; — dans le Code civil.	11
<i>Section I. — Etat des régimes matrimoniaux à la veille du Code civil.</i> ...	11
<i>Section II. — Les régimes de séparation de biens dans le Code civil.</i>	21
Chapitre premier. — La liberté des conventions matrimoniales dans les régimes de séparation de biens.	30
<i>Section I. — Liberté des futurs époux dans le choix du régime.</i>	31
<i>Section II. — Liberté des futurs époux de modifier le régime adopté.</i> ...	39
§ 1. — Modifications admises.....	40
§ 2. — Interprétation de ces modifications.....	47
Chapitre II. — La femme dans l'œuvre jurisprudentielle.	52
<i>Section I. — Protection de ses intérêts.</i>	54
§ 1. — Conservation de la dotalité contractuelle.....	55
§ 2. — Mesures complémentaires de protection.....	63
A. — Inaliénabilité de la dot mobilière.....	64
B. — Dotalité incluse.....	68
§ 3. — Conception jurisprudentielle très large de la séparation de biens judiciaire.....	72
A. — Cas d'admission.....	72
B. — Effets de la séparation de biens judiciaire.....	75
§ 4. — Recours et garanties de la femme.....	81
<i>Section II. — Action sur la capacité de la femme.</i>	90
§ 1. — Pas d'aggravation de principe de la capacité de la femme..	93
§ 2. — Restrictions de fait.....	97
Chapitre III. — Autres préoccupations jurisprudentielles	102
<i>Section I. — Protection du ménage.</i>	103
<i>Section II. — Souci jurisprudentiel constant de la sécurité des tiers en relations avec les époux.</i>	114
§ 1. — Sécurité des tiers tirée de la solidarité des époux.....	115

	Pages
§ 2. — Sécurité des tiers tirée de la publicité des clauses particulières des régimes de séparation de biens.....	119
§ 3. — Sécurité des tiers tirée de la responsabilité de la femme dotale pour ses délits et quasi-délits.....	121
§ 4. — Solutions diverses qui témoignent de l'intérêt porté par la jurisprudence aux tiers en relations avec la femme.....	124
Conclusion	129
<i>La loi du 18 février 1938</i>	135
Bibliographie	141

